

Cuando el menor reside fuera de la UE: algunas cuestiones problemáticas. (Observaciones a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de septiembre de 2024)

When the minor resides outside the EU: some problematic issues. (Notes to the order of the Court of Appeal of Valencia of 23th September 2024)

LUIS F. CARRILLO POZO

Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Almería

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:02.06.2025 / Aceptado:09.09.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9907

Resumen: Cuando en un litigio se discuten cuestiones de responsabilidad parental relativas a un menor residente en un Estado no miembro de la UE y se ponen en funcionamiento normas de competencia judicial internacional distintas a las del Reglamento 2019/1111, surgen zonas de fricción entre este y al Convenio de La Haya de 1996 (*v. gr.*, la proyección en el tiempo de la cláusula de sumisión en favor de un tribunal de un EM cuando hay cambio de residencia), problemas de implementación derivados del hecho simple de que la LEC no piensa en términos de litigación internacional (*v. gr.*, cuando el demandante es el ministerio fiscal) o de funcionamiento de la LOPJ (el juego de los foros residuales). A estas cuestiones se presta atención en las siguientes páginas.

Palabras clave: Competencia judicial internacional. Competencias residuales. Residencia habitual del menor en Estado tercero.

Abstract: When a dispute involves issues of parental responsibility relating to a child resident in a non-EU Member State and international jurisdiction rules other than those of Regulation 2019/1111 are applied, areas of conflict arise between the latter and the 1996 Hague Convention (e. g., the temporal projection of the prorogation clause in favor of a Member State's court when there is a change of residence), implementation problems that arise from the simple fact that the LEC is not conceived in terms of international litigation (e. g., when the plaintiff is the public prosecutor) or the functioning of the LOPJ (residual forums). These issues are addressed in the following pages.

Keywords: International jurisdiction. Residual competencies. Habitual residence of the child in a third State.

Sumario: I. Planteamiento. II. La controversia. III. Reconstruyendo el sistema. 1. Dos procedimientos. 2. Transferencia de la residencia a Reino Unido. 3. La aplicación de las normas sobre competencias residuales. IV. A modo de recapitulación: cuatro dudas y un empecinamiento.

I. Planteamiento

1. La lectura de las bases de datos muestra que se dictan resoluciones que afrontan controversias en materia de competencia judicial internacional sobre responsabilidad parental que, siendo material-

mente iguales, llegan a respuestas diferentes. Distintas normativas, distinto nivel de confianza recíproca, distintas soluciones. El punto de partida sigue siendo, es claro, que los órganos judiciales del Estado de residencia habitual del niño son los que se encuentran en mejores condiciones para entrar a conocer de los litigios que les conciernen, que son los que por razón de proximidad pueden dar la respuesta más ajustada a sus intereses; pero no deja de ser chocante que el resultado de la convivencia de tres sistemas diferentes para dar respuesta al asunto “extensión de la jurisdicción sobre los residentes en otros Estados” sea la asunción por nuestros tribunales -con mal criterio- del conocimiento de cuestiones relativas a la guarda, custodia, visitas,... sobre niños que viven en un país con el que no se mantiene relación de cooperación judicial (o sea, se tolera el dictado de resoluciones con las alas amputadas), al tiempo que -con buen criterio- no se tolera algo similar en relación con países con los que existe comunidad de valores y confianza recíproca.

2. El auto que paso a comentar¹ ilustra alguno de los grandes temas de la competencia judicial internacional en la materia, y en ese sentido sirve como excusa para abordar cuestiones como la articulación de los procesos para la modificación de medidas, la residencia del menor en un Estado que no pertenece a la UE, la prórroga de la competencia o el juego de los foros residuales. Insisto en que no son temas tratados por esta resolución, sino que quedan en sus márgenes. La palabra excusa es consciente.

3. Por lo demás, no pasa de ser una anécdota el discreto caos de fuentes que van desfilando por sus fundamentos jurídicos, intranscendente al final en la medida en que emerge una respuesta correcta entre esa marea de referencias a los dos reglamentos Bruselas II², el Acuerdo de retirada del Reino Unido (cuyo art. 67 se convierte en una norma del RBII bis), el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 (CLH en lo sucesivo) y la LOPJ. Si los profesionales del Derecho encuentran dificultades en el manejo del método internacionalprivatístico es, seguramente, culpa nuestra.

II. La controversia

4. Los hechos son los habituales en casos de divorcio: pasados cuatro años desde la sentencia de disolución, se inicia un procedimiento de modificación de medidas, cuestionando el régimen de guarda y custodia establecido en ella (STS de 18 mayo 2022³). Es importante reseñar que ya en el momento del dictado de la primera resolución (9 marzo 2020) el menor y su madre vivían en Gran Bretaña, donde residían también en el momento en el que se sustancia el asunto ante la AP⁴. Se combatía la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre y el régimen de visitas en favor del padre que implicaba desplazamientos a Nottingham los fines de semana alternos, cuyo coste sería en parte financiado por aquélla. Sea como fuere, en este segundo procedimiento el tribunal de primera instancia se declara incompetente, en aplicación del art. 36 LEC, e invocando el art. 29.2 RBII bis⁵. La Audiencia desestima el recurso, en base al art. 5 del Convenio de La Haya (competencia de los tribunales de residencia habitual del menor) y de un aluvión de argumentos confusos y desordenados, como apunté.

En la medida en que las alegaciones del recurrente reproducen errores recurrentes, nos servirán para abordar situaciones usuales, recordar las soluciones en la materia y, fundamentalmente, indagar en torno a hipótesis relacionadas.

¹ ECLI:ES:APV:2024:1192A.

² Siendo indiscutido que el menor afectado residía en Reino Unido, Bruselas II no pinta nada. Pero si el reglamento fuera aplicable, habría que recordar que el auto de primera instancia es de 11 de abril de 2024, de modo que es imposible que la demanda fuera anterior a 1 de agosto de 2022, que es cuando el RBII bis deja de ser aplicado, salvo que se interprete el art. 100 del RBII ter en el sentido de que la demanda de modificación de medidas no es más que una vicisitud del proceso de divorcio, lo que evidentemente no es correcto ni es sugerido por la AP en ningún momento.

³ ECLI:ES:TS:2022:1946.

⁴ La SAP Valencia de 1 junio 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2248) ofrece otro relato, a tenor del cual la familia habría vivido en Reino Unido, y el padre había regresado a España. En cuanto al asunto competencia judicial, no tiene demasiada importancia.

⁵ Recuérdese que regulaba la competencia territorial en lo tocante a solicitud del *exequatur*.

III. Reconstruyendo el sistema

1. Dos procedimientos

5. «...no resulta posible ni razonable postular un fuero para el conocimiento de los procesos de divorcio, otro distinto para los efectos y medidas del divorcio que afecten a los menores, y mucho menos otro diferente para la ejecución de las medidas acordadas (...) [E]l único Tribunal competente para conocer de la modificación de las medidas acordadas en un proceso de separación o divorcio es el mismo que las adoptó (art. 775 LEC)».

En estas frases del escrito de recurso se condensa una comprensión bastante distorsionada de los procesos de familia con elementos internacionales. Ni los tribunales del divorcio atraen en todo caso la competencia para la responsabilidad parental ni el art. 775 LEC es una norma de competencia judicial internacional: i) en la medida en que para estas cuestiones se parte de la competencia de los tribunales de la residencia habitual del menor, es diáfano que no siempre se alineará perfectamente con las normas del art. 3 RBII ter/22 *quater* LOPJ (y tampoco es excluible la falta de alineamiento con las reglas del reglamento 4/2009⁶). Lo que vale para un proceso interno (art. 103 CC) no necesariamente vale para el internacional⁷. No deja de ser paradójico, en este sentido, que en un entorno de cooperación no tan desarrollado como la UE, el art. 10 del Convenio de La Haya de 1996 ofrezca un instrumento útil de consolidación que no tiene parangón en el Reglamento europeo, donde no se ha recogido la fructífera experiencia ajena, se ha descartado la filosofía tuitiva (chovinista, si se quiere decir con mayor propiedad) del viejo art. 12.4 RBII bis y se ha confiado todo a la esperanza de que los cónyuges alcancen un acuerdo válido de prorrogación de la competencia, en los términos del art. 10⁸; ii) cuando las claves de competencia en relación con el menor sean las de la LOPJ, será arduo imaginar un solo caso en el que el tribunal de la crisis matrimonial no pueda conocer de la responsabilidad parental, dada su generosidad (volveré sobre este tema *infra*), sin necesidad de enzarzarse en negociar una compleja cláusula de sumisión⁹; iii) como la idea es acumular pretensiones vinculadas, el órgano judicial que conozca de la demanda de divorcio deja de tener competencia en cuestiones de menores cuando se extinga el procedimiento “principal”; esto lo dicen las normas prealudidas (arts. 10.2 CLH y 10.3 RB II ter), y lo ha reiterado el TJUE¹⁰. La dispersión es cuestionable cuando se está tramitando un proceso matrimonial, pero en supuestos de modificación de medidas, en los que se hablará de prevalentemente de menores, parece lo más natural; iv) adviértase no obstante que el propio art. 10.3 RBII ter admite el pacto en contra, lo que implica que el tribunal designado puede seguir conociendo de la responsabilidad parental sin ese límite temporal (en el bien entendido de que en la normativa procesal española no cabe un acuerdo de atribución de competencia exclusiva de los del art. 10.1.b, con lo que, de alguna manera, estamos especulando en el éter)¹¹; pues bien, es obvio que en si una situación como la contemplada aquí se diera en la

⁶ Es difícil de asumir a veces: Sentencia de la AP León de 6 septiembre 2017 (ECLI: ES:APLE:2017:857): no es admisible a su juicio dejar desprotegido al menor no adoptando medida alguna en relación con la responsabilidad parental y alimentos, “incluso aunque no resida en territorio español”.

⁷ *V. gr.*, para un asunto relativo al Derecho búlgaro, con previsiones parecidas a las españolas, auto del TJUE de 16 enero 2018, asunto C-604/17, ECLI:EU:C:2018:10. Que es lógico que conozca el mismo tribunal es indiscutible, y por ello no es descabellado un pronunciamiento como la STS de 10 julio 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4133) en el sentido de que, al amparo del art. 12 RBII bis, se puede presumir que la adopción por el tribunal del art. 3 RBII bis de medidas respecto al niño es beneficioso, correspondiendo la prueba en contra a quien se oponga a ello.

⁸ Este tema está bien expuesto en B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del reglamento (UE) 2019/1111”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2020, pp. 12 ss. Ulteriores referencias en É. PATAUT/E. GALLANT, “Comentario al art. 12”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 151. En este mismo comentario pueden verse las referencias a los trabajos de la Conferencia de La Haya y la voluntad de restringir la acumulación.

⁹ Acuerdo que, téngase presente, no excluye la competencia de un tribunal distinto al elegido (apartado 4), lo que en un entorno de conflictividad no es muy halagüeño.

¹⁰ No deja de ser chocante que el resultado que no se permite mediante un ejercicio normal de la autonomía de las partes se va a poder alcanzar -usualmente- gracias al art. 22 *quater* LOPJ.

¹¹ Así en la innecesaria sentencia de 1 octubre 2014, asunto C 436/13, ECLI:EU:C:2014:2246.

¹¹ Y más etéreo aun si tenemos en cuenta que el pacto alcanzado antes de acudir a los tribunales no genera una competencia

actualidad (es decir, sumisión -válida- indefinida a un tribunal -español si se desea como mero ejemplo teórico- y traslado de la residencia del menor a un Estado parte del CLH 1996), el acuerdo perdería inmediatamente su eficacia, dado el tenor del propio art. 97 RBII ter: de un lado, la preferencia del foro de la residencia habitual es absoluta, y, de otro, el párrafo 2 no dice nada sobre presunta prevalencia del tribunal de un EM designado en virtud del art. 10 RBII ter, sino que si algo se deriva de él es la intangibilidad de las soluciones del CLH¹²; v) el apelante en el presente caso se equivoca al atribuir al art. 775 LEC un alcance que no le corresponde, siendo como es una simple norma de competencia funcional, pensada para un procedimiento diferente, y que tendrá dificultades para entrar en juego sólo cuando se inste la modificación en nuestro foro y el juez que haya dictado la primera resolución en la materia no sea español, supuesto en el que en buena lógica no quedará más remedio que acudir a los criterios generales de competencia territorial del art. 769 LEC¹³; vi) el encaje del proceso de modificación de medidas del art. 775 LEC instado por el ministerio fiscal con las normas de competencia judicial internacional merece un apunte específico: si es éste el que toma la iniciativa y actúa como parte (no representa ni informa, sino que es él propiamente el actor), se podría dar la situación absurda de que, residiendo el menor en un Estado tercero y siendo inaplicable tanto el CLH como el RBII ter, el único elemento que conecte el litigio con la jurisdicción española sea su presencia, art. 22 *quater* LOPJ (indudablemente, no se puede negar que el MF español ostenta nacionalidad y residencia españolas); parece razonable, en consecuencia, redefinir el alcance del foro de competencia y excluir la posibilidad de que el tribunal español conozca de la demanda de modificación en base a un criterio tan tenue, teniendo en cuenta además que si toma esa iniciativa es porque está actuando en defensa de los intereses del menor, en torno a cuya figura debe definirse el sistema de competencia judicial.

2. Transferencia de la residencia a Reino Unido

6. El principio de *perpetuatio iurisdictionis* contenido en el RBII ter asegura la continuidad de la respuesta afirmativa a la cuestión de la competencia judicial internacional. Recuérdese que el art. 67 del Acuerdo de retirada de Reino Unido preveía que las normas de competencia del RBII bis fueran aplicadas a toda acción intentada antes del final del periodo transitorio, a los procesos o acciones relacionadas con tales procesos judiciales en casos de litispendencia y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final de tal período. Las demandas de modificación de medidas se vinculan a los procesos de divorcio, es claro, pero no entran en el concepto estricto de procesos relacionados retenido en el Acuerdo, por lo tanto, ni constituyen actos de ejecución. Valga esta obviedad para descartar cualquier pretensión de aplicar las normas procesales del sistema Bruselas a las acciones que hunden sus raíces en un litigio (este sí) incluido por el mentado Acuerdo en el ámbito de aplicación de las normas europeas. Puede resultar llamativo que sea más fácil -desde este punto de vista- ejecutar una resolución obsoleta que iniciar un procedimiento para adecuarla a la realidad actual.

exclusiva, con lo que se puede hacer caso omiso de lo que en él se diga cuando al actor le plazca, incluyendo una vicisitud como el cambio de residencia.

¹² En caso de traslado a un Estado con el que no exista convenio la respuesta no es tan clara, en la medida en que en el art. 10 RBII ter se parte de la base de que se habla de un menor no residente en España (ni siquiera es necesario que viva en un EM), de suerte que no chirría con los fundamentos del sistema la posibilidad de pronunciarse sobre un ciudadano residente en cualquier país del mundo (el principio de base es susceptible de modulación, es claro, y no es posible basar una decisión exclusivamente en él cuando una norma terminante parece llevar a conclusiones diferentes). No habría, pues, razones para excluir el mantenimiento de la validez del pacto, cierto, aunque reiterando su debilidad. Sea como fuere, en las hipótesis normales la LOPJ ofrecerá suficientes bases alternativas para asumir competencia. Otra historia es la eficacia de las resoluciones que se dicten en este panorama.

¹³ Cfr. P. PETTEADO MARISCAL, *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, Madrid, 2019, pp. 367 ss. Una tipología de alto valor ilustrativo de supuestos de problemas de funcionamiento de las reglas de competencia judicial en los litigios sobre modificación de medidas en B. UREÑA CARAZO, "Competencia judicial internacional y modificación de medidas: pautas para su determinación", en *La ley Derecho de familia*, nº 17, 2018.

7. En la misma línea, y justamente porque se trata de procedimientos diferentes, no hay interferencia alguna de la doctrina sentada en la STJ de 14 de julio de 2022¹⁴ (o sea, pérdida de la competencia judicial en casos de transferencia de la residencia a un Estado parte del CLH durante el desarrollo del proceso). De todas formas, es diáfano que, si el traslado se produce estando pendiente la resolución en segunda instancia, no se pierde la competencia para resolver en apelación. Es una obviedad, claro, que viene a colación por la exigencia de congruencia: *tantum devolutum quantum appellatum*. Evidentemente, sólo se puede apelar lo que se contiene en la sentencia de instancia. Piénsese ahora en la siguiente hipótesis: sentencia del juez de primera instancia que se pronuncia sobre los elementos típicos de un proceso matrimonial (disolución del vínculo, guarda, custodia, visitas, alimentos, pensión compensatoria y uso de la vivienda familiar); el titular de la guarda y custodia tiene atribuido el derecho a fijar libremente su domicilio, incluyendo un país extranjero; se apela exclusivamente por la cuantía de los pagos; después de interpuesto el recurso ante la AP, se produce el desplazamiento a otro país de la residencia del titular de la custodia y de los menores¹⁵. ¿Qué puede hacer el otro progenitor? Aun siendo importante ese cambio (con innegable incidencia también en las consecuencias económicas impugnadas), la cuestión de la responsabilidad parental no puede ser debatida en esta fase del proceso (art. 401 LEC), lo que evidentemente es congruente con el mantenimiento del contradictorio y el carácter revisor de la apelación, pero no deja de ser ilógico en términos de economía procesal, en la medida en que la resolución nacerá vieja: la normativa rituarial no ofrece mecanismos flexibilizadores. Sólo se podrá intentar que esos hechos nuevos sean tomados en consideración para la resolución del litigio. Se abren en definitiva las siguientes posibilidades: a) si el traslado ha sido a un EM, se puede interponer una demanda (con objetivo limitado, sólo visitas) conforme a lo previsto en el art. 8 RBII ter¹⁶. Dicho en negativo, la modificación del pronunciamiento sobre guarda y custodia exige un nuevo proceso ante el tribunal de la residencia habitual actual (salvo corrección *ex* art. 13 RBII ter); b) si el traslado ha sido a un Estado parte del CLH 1996, no queda sino interponer nueva demanda, sin limitación en cuanto a lo debatible, ante los tribunales de la nueva residencia habitual; c) en caso de transferencia a un tercer Estado, quedan expeditos los foros de la LOPJ, para litigar de todo y desde cero; d) todo lo cual no empece para incorporar al proceso en curso aquel hecho nuevo (art. 286 LEC)¹⁷, imprescindible para decidir sobre el objeto estricto de la apelación, y sin posibilidad de confundir la iniciativa probatoria del tribunal *ex* art. 752 LEC (para la hipótesis considerada, párrafo 3 en particular) con la alteración del objeto del proceso. En cualquier caso, la ductilidad del sistema para responder con celeridad a situaciones sobrevenidas parece bastante mejorable. En presencia de circunstancias como las de la hipótesis considerada, lo más rápido es desistir de la acción (con el obstáculo de la indisponibilidad, art. 751 LEC) y recomenzar con una demanda de mayor alcance objetivo.

3. La aplicación de las normas sobre competencias residuales

8. «...hay que unir la expresa previsión en ambos reglamentos [Bruselas II bis y ter] de la llamada “competencia residual” (...). Aplicado lo anterior al supuesto de autos, y además de la expresa previsión del art. 775 LEC, resulta que en materia de competencia internacional el art. 22 *quarter (sic)* de la LOPJ, en su apartado c.-), establece la competencia de los tribunales españoles en materia de separación y divorcio y sus modificaciones...».

¹⁴ Asunto C-572/21; ECLI:EU:C:2022:562.

¹⁵ Incluso en el caso en que se hubiera impugnado el pronunciamiento sobre responsabilidad parental, cabría la ejecución provisional, art. 774.5 LEC.

¹⁶ Con la advertencia de que, en la práctica, se esconde a veces detrás de una solicitud de modificación del régimen de visitas un verdadero cambio del régimen de custodia (cuando suponen compartir el tiempo con el menor afectado). Habría que plantearse si en este caso la demanda presentada al amparo del art. 8 no debería ser reconducida al 7, con el consiguiente control de la competencia y abstención.

¹⁷ La STS de 9 febrero 2010 (ECLI:ES:TS:2010:746) deja claro que la aportación de hechos nuevos tiene un alcance limitado, con fines complementarios o interpretativos, no siendo idóneos para alterar los términos del debate. Por lo demás, el art. 286 LEC se refiere literalmente sólo a la primera instancia, pero no cabe duda de que nada precluye su utilización en apelación. Lo único claro es que no se pueden aportar hechos nuevos en casación (STS de 16 octubre 2023, ECLI:ES:TS:2023:4200).

Sin perjuicio de que en un caso como el del auto comentado los tribunales españoles fueran competentes para conocer de la demanda de divorcio (nacionalidad común de los cónyuges, residencia del actor en España), no parece que el pronunciamiento emanado en aplicación del art. 3 RBII ter pueda ser modificado por alteración sobrevenida de circunstancias¹⁸. Por lo que se me alcanza, en occidente, una vez disuelto, el vínculo no sufre demasiadas alteraciones. Lo más parecido sería la conversión de separación en divorcio, pero esto tampoco comporta modificación de medidas definitivas. Lo que entra en ese concepto es el cambio del régimen de guarda y custodia, visitas y consecuencias patrimoniales de una crisis de pareja, cuya disciplina de competencia judicial internacional reside en otras disposiciones especialmente concebidas, como es sabido. La invocación del art. 775 LEC, pues, está fuera de lugar.

9. El elemento clave es la residencia habitual del menor, es claro, y esto nos lleva al siguiente punto que podría ser controvertido: iter procesal a seguir cuando se construye la demanda asumiendo que el menor vive en España y el tribunal, a la vista de las pruebas aportadas¹⁹, llega a la conclusión de que reside en un Estado que ni pertenece a la UE ni es parte del CLH²⁰. Las hipótesis fáciles son aquellas en las que el debate se centra en dilucidar si se reside en un EM u otro, o si es en España o en un Estado vinculado al Convenio: son situaciones en las que un texto pactado prevé el control de oficio de la competencia, cubiertas sin problemas por el art. 36 LEC, que se ventilan siguiendo sin más las indicaciones legales, y donde la conclusión a la que se llega es de sí o de no (asunción o rechazo del conocimiento del asunto²¹), sin ulteriores desarrollos²². O sea, se afirma la propia competencia porque el menor reside en nuestro país o se rechaza porque lo hace en otro Estado vinculado con España de un modo u otro. Pero cuando un menor no vive en un EM ni en un Estado parte del CLH entran en juego las normas de la LOPJ, trámite los arts. 14 RBII ter y 5 CLH²³, y ahí aparecen criterios de competencia subsidiarios definidos en torno a las condiciones personales del actor, lo que genera una nueva variable en el desenvolvimiento del proceso²⁴. Piénsese, por ejemplo, en la demanda en la que se asume que el niño vive en España, y el juez el foro, a la vista de los hechos alegados y probados contenidos en ella concluye que reside en Andorra (que, recuérdese, no es parte del CLH), pero que por razón de la nacionalidad o de la residencia del actor es competente. No constituye ninguna anomalía esa conclusión, en la medida en que el tribunal está vinculado exclusivamente por las alegaciones sobre las que se sustenta el *petitum* (art. 218 LEC), no las de contenido procesal (en particular, se resolverá conforme a las normas que sean aplicables, aunque no hayan sido correctamente citadas o alegadas), de forma que no puede abstenerse de conocer (art. 22 *octies* LOPJ). Tan cierto es que no es anómalo como que todo el debate se ha presen-

¹⁸ Cfr. É. PATAUT/E. GALLANT, “Comentario al art. 12”, *op. cit.*, p. 159.

¹⁹ En esta materia el tribunal puede practicar prueba de oficio, como se sabe, y no veo razón alguna para que no lo haga también para dilucidar sus dudas en cuanto al domicilio de los interesados (o la nacionalidad, claro), a efectos de competencia judicial internacional o de lo que sea menester. Otra opinión en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. II, Madrid, 2024, pp. 116 ss.

²⁰ La hipótesis es similar a aquella en la que se asume que existe un pacto de prórroga del art. 10 RBII ter y el tribunal rechaza su validez en base a la no concurrencia de alguna de las condiciones que ahí se recogen. Trasládese a ella, *mutatis mutandis*, lo que se dirá de inmediato.

²¹ A salvo siempre la entrada en juego *a posteriori* del *quasi forum non conveniens*, que presupone que hay un tribunal competente por ser el de la residencia del menor.

²² Es verdad que en ninguna norma del CLH se dice explícitamente que el tribunal deba controlar de oficio su competencia, pero la imperatividad de los foros previstos en él no admite otra solución. De hecho, es esta la forma de razonar de los tribunales españoles, que se declaran incompetentes cuando el menor reside en otro Estado parte. Puede verse una recopilación de la jurisprudencia patria próxima a la prodigalidad en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico...*, *op. cit.*, vol. IV, pp. 284 ss.

²³ No creo correcto afirmar que la referencia a las leyes estatales contenida en el reglamento incluya tanto la normativa de origen autónomo como convencional, como si la aplicación de un convenio se tuviera que hacer no por su propia imperatividad sino porque el legislador europeo lo hubiera tolerado. Otra opinión en F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, p. 147.

²⁴ Advuértase además que con buen sentido la sentencia del TJUE de 1 agosto 2022 (asunto C-501/20; ECLI:EU:C:2022:619) no excluye ningún criterio de competencia residual: la delegación al legislador autónomo es, pues, incondicionada. Una presentación en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “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”, en *CDT*, 2023, pp. 264-265

tado y desarrollado en torno a lo aducido por la demanda, y es sobre ello sobre lo que se habrá litigado y en su caso interpuesto declinatoria, cuya eventual desestimación, por otra parte, no cierra el paso a un control posterior –“tan pronto como sea advertida”, dice la norma, o sea, en cualquier momento- de la competencia, que en el caso analizado no tiene por qué llevar a declararse incompetente sino a “emigrar” de un foro a otro²⁵. Ese cambio de foro de competencia relevante no es la hipótesis contemplada en el art. 38 LEC, de manera que no está prevista la audiencia de las partes ni del ministerio fiscal. De esta forma, pues, no será hasta la sentencia cuando el demandado pueda comprobar las razones por las que el juez ha afirmado su propia competencia, sin haber podido alegar nada al respecto: el concepto de residencia habitual es evanescente²⁶, y -en la situación contemplada- se habrá argumentado en torno a la del menor (al fin y al cabo, es el criterio alegado en la demanda), y se habrá dado una respuesta sobre este punto, pero no se habrá debatido en torno a las circunstancias personales del actor²⁷. El resultado es algo paradójico: la LEC pretende que en la medida de lo posible los temas procesales se ventilen al principio del litigio, pero éste, sin embargo, queda reenviado a la apelación y sólo a ella (por descontado que no cabe en este caso instar la nulidad de actuaciones, porque no se ha violado ningún derecho fundamental del art. 53.2 CE). Dicho de otra forma: se puede debatir de todos los elementos configuradores de la controversia en dos instancias, pero de este -precisamente- no.

No creo que exista previsión legal alguna que permita abrir un trámite de información a las partes y demás intervinientes, de modo que puedan alegar lo que a su derecho convenga. Habrá que instrumentarlo al margen de lo expresamente regulado en la LEC, al amparo del principio del interés del menor (se supone que va en su beneficio el conocimiento del litigio por el tribunal que se halle mejor situado²⁸), hallando cobertura en la doctrina del TC: dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se debe ofrecer una amplia ocasión de realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como de aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado²⁹, quedando la tramitación de dichos procesos presidida por un criterio de flexibilidad procedimental³⁰ y ampliadas las facultades del juez³¹. En definitiva, por medio de providencia se podrá comunicar a las partes las conclusiones sobre residencia habitual del menor (y en su caso del actor) a las que se ha llegado, e invitar a realizar alegaciones, aportando las oportunas pruebas, sin perjuicio de las que se decreten de oficio.

²⁵ Recuérdese que en la audiencia previa no se vuelve a hablar de jurisdicción y competencia, art. 416.2 LEC.

²⁶ Valga un ejemplo extremo, ilustrativo de las incertidumbres inherentes al criterio, el de la SAP Murcia de 31 enero 2013 (ECLI:ES:APMU:2013:275): un niño residente en Bolivia con su abuela es a juicio de la Audiencia residente en España, porque la estancia en tan impresionante país andino no es definitiva, ya que la vivienda familiar se encuentra en nuestro territorio.

Saber si un menor reside en España o no a veces depende de elementos de prueba ajenos a sus vicisitudes personales (y a las de sus padres). Por ejemplo, si vive en un país tercero pero ha sido trasladado sin consentimiento del otro progenitor, tiene residencia habitual en nuestro territorio y por lo tanto se puede asumir competencia judicial (para un caso relativo a Brasil, AAP Barcelona de 16 octubre 2024, ECLI:ES:APB:2024:11816A). es sabido que la prueba de la concurrencia o no del consentimiento es harto problemática.

²⁷ El AAP Sevilla de 22 octubre 2024 (ECLI:ES:APSE:2024:1136A) resuelve el caso de una solicitud de medidas provisionales previas dirigidas a impedir que abandonara territorio español. Como la AP dudaba sobre cuál era su residencia (durante un año estuvo yendo y viniendo Reikiavik y al final termina marchándose), se declara competente por la doble vía o del art. 7 o la del 14 del RBII ter. Si esta situación se plantea en segunda instancia, ¿han tenido las partes oportunidad de alegar y debatir sobre las circunstancias de hecho en las que se funda la asunción del órgano? ¿Van a tenerla? De hecho, al final del proceso siguen sin saber por qué es competente el foro español.

²⁸ Que es endeble este engarce, no tengo duda. Pero quien primero ha asociado interés del menor y correcta atribución de la competencia judicial es el TJUE, y a su doctrina hemos de rendir pleitesía. Por lo demás, la STS de 11 marzo 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1436) recuerda que la determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser objeto de revisión en casación, de modo que cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés se podrá reexaminar las circunstancias más adecuadas para su protección. Incidiendo en el control de la motivación de las medidas adoptadas, STC 28/2024 de 27 febrero (ECLI:ES:TC:2024:28).

²⁹ SSTC 124/2002, de 20 mayo (ECLI:ES:TC:2002:124); 114/1997, de 16 junio (ECLI:ES:TC:1997:114); STC 298/1993, de 18 octubre (ECLI:ES:TC:199:298); 187/1996, de 25 noviembre (ECLI:ES:TC:1996:187); 178/2020 de 14 diciembre (ECLI:ES:TC:2020:178); 75/2005, de 4 abril (ECLI:ES:TC:2005:75); 58/2008, de 28 abril (ECLI:ES:TC:2008:58); 65/2016, de 11 abril (ECLI:ES:TC:2016:65).

³⁰ STC 65/2016, *cit.*

³¹ STC 4/2001, de 15 enero (ECLI:ES:TC:2001:4).

10. Otra historia distinta es que se eleve el tiro y se discuta la misma existencia de ciertos criterios de competencia judicial internacional como poco cuestionables³². Porque cuando se abre esta puerta se está invocando no sólo el art. 22 *quater* LOPJ, sino también el foro de necesidad (y -por supuesto- el domicilio del demandado), que, por muy extraño que resulte en la medida en que su entrada en juego es difícilmente imaginable visto el tenor de aquella norma, nada excluye que haya de ser verificado en todo caso³³. No es discutible que esa norma de la LOPJ lleve a excesos difícilmente homologables a la luz de la filosofía subyacente de las restantes normas de competencia vigentes en esta materia en el ordenamiento patrio³⁴, pero por muy alejado que se encuentre el caso, nulas las expectativas de efectividad³⁵, rechazable la desconfianza en la idoneidad de las jurisdicciones de Estados terceros o criticable la falta de coherencia del sistema, si concurre uno de los criterios previstos en la norma, el juez español no puede incorporar condiciones no escritas y mucho menos abstenerse³⁶. No existe el *forum non conveniens* en nuestro Derecho. Habrá que asumir que la remisión que hace el art. 14 tan citado es tanto un salto a lo desconocido como un ejercicio de confianza en el legislador nacional, y que el español no tiene por qué inspirarse en el principio de proximidad (y no lo ha hecho)³⁷.

IV. A modo de recapitulación: cuatro dudas y un empecinamiento

A lo largo de las páginas anteriores he querido poner de relieve los problemas de adaptación de la normativa procesal autónoma a las de fuente internacional. Probablemente sea imposible resolverlos con

³² Los sistemas de nuestro entorno muestran generosidad similar, diseñando foros basados en la nacionalidad del menor o de los progenitores, o atrayendo competencia para responsabilidad parental por el hecho de tenerla para la crisis matrimonial, o habilitando simplemente el *forum necessitatis*: vid. A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, JLS/C4/2005/07-30-CE)0040309/00-37, 2007, pp. 92 ss.

³³ Por eso mismo se plantea si, estando previsto el *forum necessitatis*, tiene sentido el reclamo de otros foros residuales: cfr. A. NUYTS, “Study..., op. cit.”, p. 151.

³⁴ No tiene sentido que la sola nacionalidad de un sujeto residente en nuestro país pueda no bastar para atribuir competencia a un tribunal español en un proceso de divorcio (el suyo) y sin embargo sí que baste para que conozca de las visitas a un menor residente a miles de kilómetros de España.

³⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 52, noviembre 2020, haciéndose eco, por lo demás, de la crítica a la eficacia de las medidas formulada por T. DE BOER, “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, en *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33(1), 10-19, p. 14.

El problema de la falta de efectividad es aun más claro cuando se trata de la ejecución de medidas, porque el art. 769.3 LEC no está ajustado a los foros de competencia judicial internacional. Por ello es lógico que el AAP Valencia de 17 julio 2024 (ECLI:ES:APV:2024:1057A), tratándose de una demanda ejecutiva sobre ejercicio del derecho de visitas a un niño residente en Gran Bretaña, afirma que «...se trata de una solución pragmática. Los juzgados españoles no pueden prestar una auténtica tutela cuando se trata de resolver sobre cuestiones como las que se identifican en el propio escrito de demanda ejecutiva». Diga lo que diga la ley, no se puede desarrollar un proceso ejecutivo en España teniendo en cuenta exclusivamente los foros de competencia judicial internacional. Otra historia es cómo se fundamenta jurídicamente una decisión de abstención: el comodín del interés del menor es una opción intelectualmente bastante triste, pero la realidad es tozuda, y no se puede ejecutar nada si no tenemos al niño dentro de nuestro territorio.

³⁶ Otra opinión en A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental”, en *CDT*, 2022, p. 380. A su juicio, el art. 2 LOPJM serviría de cobertura para un control caso por caso del nivel de proximidad y del grado de adecuación del foro alegado al interés del menor. No termino de ver cómo esa conclusión se anuda a esa premisa, habiendo normas clarísimas en la LOPJ. Las normas dicen lo que dicen, y en el ámbito procesal no suele dejarse demasiado margen de interpretación. En este sentido, tampoco alcanzo a vislumbrar ni cómo se interpreta *restrictivamente* el art. 14 RBII ter (es lo que defienden A. LIMANTÉ/I. KUNDA, aclarando que consiste en no aplicarlo cuando el menor reside en un EM, sea refugiado o desplazado o haya existido prórroga de competencia: es decir, están defendiendo su aplicación... cuando resulte aplicable: “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters”, en C. HONORATI (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, 2017, p. 90; ideas del mismo tipo en X. OBERGOZO MIGUEL, “Competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda relativa a la potestad parental sobre un menor residente en un Estado no miembro de la UE (SAP Barcelona 2 de noviembre de 2020)”, en *CDT*, 2021, p. 852) ni qué significa decidir y tratar los casos con perspectiva de género (A. DURÁN AYAGO, “¿Pueden los tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020”, en *CDT*, 2021, p. 829).

³⁷ Además de la jurisprudencia citada *supra*, clarísima en este sentido la STJUE de 17 octubre 2018, asunto C 393/18 PPU en su considerando 57 (ECLI:EU:C:2018:835).

normas y sea mejor dejar su solución a una sana discrecionalidad judicial, con el único límite de respetar la igualdad de armas. En particular, se trata de poner de manifiesto ciertas dudas de funcionamiento:

1. El difícil encaje del criterio residencia o nacionalidad del demandante recogido en el art. 22 *quater* LOPJ y el art. 775 LEC cuando la modificación es instada por el ministerio fiscal: es imprescindible restringir el uso de esos foros a los titulares de la responsabilidad parental.

2. Los acuerdos atributivos de competencia del art. 10.1.b.i RBII ter carecen de eficacia real para asegurarse de que el conocimiento de todas las controversias vinculadas a una crisis familiar sea centralizado de forma duradera. En caso de traslado de la residencia a un Estado parte del CLH se desvanecen de forma inmediata.

3. Las normas de competencia judicial internacional ponen límites al ámbito de materias susceptibles de ser conocidas por los tribunales, siendo imposible a día de hoy disponer de algún instrumento procesal para que en apelación se puedan tener en cuenta los hechos nuevos verificados después de la sentencia de primera instancia.

4. Los foros de competencia residuales están previstos en la norma y no pueden ser obviados sólo porque a juicio del operador jurídico no satisfagan exigencias procesales básicas. En todo caso, habiendo sido contruidos sobre conceptos de contenido no siempre diáfano, es imprescindible informar a los litigantes sobre cuál de ellos es el que el tribunal considera aplicable en el caso, y ofrecerles la posibilidad de realizar alegaciones al respecto.

Y un empecinamiento: ¿Por qué no se condena en costas al actor? Admitamos -con todas las reservas del mundo- que en los procesos de familia no se deben imponer, ya sea porque siempre hay dudas de hecho (en fin...) ya porque el proceso es obligatorio para las partes³⁸. Pero cuando de lo que se habla (como en el presente caso) no es de cuestiones de fondo -discutibles- sino de concurrencia o no de un criterio de competencia judicial internacional, y se da la gozosa circunstancia de que no existen dudas sobre dónde vive el menor afectado (otra cosa sería si el objeto del litigio fuera la determinación de la residencia habitual), no hay razones para no imponerlas. Es lo que correspondía a nuestro demandante imprudente o mal aconsejado, y lo que se deriva del art. 394 LEC. Dicho en general: no hay motivos para no aplicar las reglas usuales en materia de costas cuando se discuta sobre competencia judicial internacional, sea cual sea la materia litigiosa, y salvo cumplida demostración de la subsistencia de incertidumbres y/o dudas³⁹.

³⁸ Basta echar un vistazo a las resoluciones de los juzgados de familia para constatar esta realidad y la prevalencia de la fórmula alusiva a “la naturaleza de las pretensiones deducidas” (así en el presente auto). La sección 12 de la AP de Barcelona es, no obstante, un ejemplo de rigor en este panorama dominado por la inercia.

³⁹ Lo que confina la no imposición a los casos en los que la asunción de competencia dependa de valoraciones discrecionales como la concurrencia del interés del menor o la vinculación suficiente. Conceptos como la nacionalidad o la residencia no deben generar demasiados problemas de puesta en funcionamiento.