Universidad de Valladolid

icava
Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

Máster de Acceso
a la Abogacía y a la Procura

DIVORCIO INTERNACIONAL Y OBLIGACIONES DE ALIMENTOS: DICTAMEN DE LA STJUE C-501/20.

Alumno: José Luciano Delgado García.

Tutor: Dámaso Francisco J. Vicente Blanco.

En Valladolid, a 02 de marzo de 2025.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN 1

2. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO 2

3. CONCEPTOS PREVIOS 3

3.1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 3

3.2. RESIDENCIA HABITUAL. 4

3.3. INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS. 4

3.4. FORUM NECESSITATIS. 5

4. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS 5

4.1.- Interpretación del concepto "residencia habitual" del artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 de los agentes contractuales de la Unión Europea, con nacionalidad de un EM y residencia habitual en un tercer Estado cuando su estancia en dicho estado se debe al desempeño de sus funciones y se encuentren amparados por las prerrogativas inherentes a los agentes diplomáticos en el ejercicio de sus funciones. 5

4.2.- Incidencia de la nacionalidad de la madre y de la residencia habitual de esta con anterioridad a la celebración del matrimonio a los efectos de determinar la residencia habitual de los menores. 5

4.3.- Posibilidad de invocar los artículos 7 y 14 del R (UE) 2201/2003, sobre competencia residual en materia de disolución matrimonial y de responsabilidad parental, en los supuestos de falta de competencia territorial de órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro. 5

4.4.- Presupuestos necesarios para que órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se atribuyan la competencia en materia de obligaciones de alimentos cuando la residencia habitual de todas las partes se encuentre en un país no miembro de la Unión Europea, por aplicación del fórum necessitatis del artículo 7 del R(UE) 4/2009. 5

5. FUNDAMENTOS JURIDICOS 6

6. CONCLUSIONES 23

7. BIBLIOGRAFÍA 26

RECURSOS ELECTRÓNICOS: 27

JURISPRUDENCIA 27

LEGISLACIÓN 28

1. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL DICTAMEN

El propósito del presente dictamen es analizar los criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio y reclamación de alimentos en situaciones de crisis conyugal en hogares binacionales conformados por cónyuges de distintos EE.MM, en su condición de agentes contractuales de la Unión Europea acreditados en un tercer Estado.

Trataremos de dar respuesta jurídica a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona ante el TJUE sobre la interpretación de los artículos 3, 7, 8 y 14 del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como la interpretación de los artículos 3 y 7 del Reglamento CE 4/2009, relativo a las obligaciones de alimentos en el ámbito de la Unión Europea. Las situaciones de crisis conyugal en hogares binacionales, frecuentes en la actualidad, han de ser resueltas por normas específicas del Derecho internacional, pues presentan peculiaridades jurídicas y procesales que deben ser tenidas en cuenta con carácter previo al inicio de del procedimiento de que se trate, en especial cuando afectan a menores. La presencia de hijos menores a cargo magnifica las consecuencias de la disolución conyugal y dificulta aspectos clave como la regulación de la custodia compartida o el régimen de visitas del progenitor no custodio, así como de la fijación de las pensiones de alimentos.

Por otro lado, en el asunto objeto del presente litigio, también se ha de dar respuesta a la interpretación del concepto de residencia habitual de los agentes contractuales de la Unión Europea. Determinar si se encuentran amparados por el estatus diplomático y, en caso de respuesta afirmativa, si gozan de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos realizados con carácter privado.

Para finalizar, la cuestión prejudicial objeto del presente trabajo requiere dar respuesta a dos cuestiones atinentes a la aplicación del *fórum necessitatis* en materia de responsabilidad parental, así como de la determinación de la competencia residual en materia matrimonial. La interpretación y alcance de la doctrina del TJUE sobre las reglas de competencia residual de los artículo 7 y 14 del RB II bis/ter difieren en función del ámbito material de que de que se trate. En materia de responsabilidad parental la nacionalidad del demandado no supone un elemento que excluya la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en donde se inste la demanda. Sin embargo, en materia matrimonial la nacionalidad del demandado en un Estado miembro excluye la atribución de competencia del resto de Estados miembro.

2. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO

1º.- Matrimonio formado por dos agentes contractuales destinados en la Delegación de la Unión Europea en Togo, donde residen desde el año 2015. Está formado por MPA, de nacionalidad española, madre de dos los menores de edad objeto del litigio principal y LCDNMT, portugués, padre de ambos menores. El matrimonio se celebró en la Embajada española en Guinea Bisáu en el 2010, país en donde el matrimonio fijó su residencial desde el momento su celebración hasta el año 2015, trasladándose a Togo posteriormente. Los menores, nacidos en los años 2007 y 2012, poseen la doble nacionalidad española y portuguesa.

2º.- En julio de 2018, la crisis conyugal surgida en el seno de la pareja provoca la separación de hecho de la unidad familiar. La madre y los menores continúan residiendo en el domicilio familiar y el padre se traslada a un hotel de dicho Estado.

Posteriormente, en marzo de 2019 la Sra. MPA presenta ante los tribunales españoles demanda de divorcio, adopción de medidas paternofiliales, pensión de alimentos para ambos menores y atribución del domicilio conyugal, demanda turnada al Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Manresa.

3º.- El padre interpone la declinatoria ante este Juzgado al apreciar la falta de competencia internacional de los tribunales españoles, fundamentada en las distintas nacionalidades de los cónyuges y el lugar de residencia de los menores al momento de interposición de la demanda.

4º.- Con fecha septiembre de 2019 el Juzgado antedicho estima la declinatoria por entender que la residencia habitual de las partes se encuentra en Togo, declarando la falta de competencia de los tribunales españoles.

5º.- La resolución del Juzgado es recurrida por la madre ante la AP de Barcelona, fundamentando la atribución de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el estatus diplomático de ambos cónyuges, en su condición de agentes de la UE acreditados en un tercer Estado. Entendiendo esta parte que tal circunstancia se extiende a los hijos habido en el matrimonio. Por tanto, gozan de inmunidad de jurisdicción, según dispone el art. 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Según la recurrente, la competencia judicial internacional en el litigio planteado se encuentra atribuida a los tribunales españoles en materia de divorcio por los dispuesto en el art. 3 del R(UE) 2201/2003 y en cuestiones paternofiliales por los

dispuesto en el art. 8 de mismo texto legal; y en materia de reclamación de alimentos por lo dispuesto en el art. 3 del R (UE) 4/2009. En base a lo anterior, y según dispone el artículo 40 -inciso segundo- del CC, relativo al domicilio de los agentes diplomáticos con residencia en el extranjero que gocen del derecho de extraterritorialidad, al ser España su último domicilio en territorio español, son competentes para la resolución del litigio planteado los tribunales nacionales.

6º.- Asimismo, la madre invoca el art. 7 del Reglamento UE 4/2009 para que, de manera subsidiaria, se aplique el fórum necessitatis previsto para casos excepcionales, fundamentado en la falta de garantías de los tribunales togoleses.

7º.- El padre presenta recurso de oposición sobre la base de que ninguno de los cónyuges ostenta estatus diplomático, sino la de agentes contractuales y, por tanto, les es de aplicación el Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea, que otorga inmunidad de jurisdicción a los actos llevados a cabo con carácter oficial, y no a los actos privados.

3. CONCEPTOS PREVIOS

Una vez aclaradas las pretensiones objeto de este dictamen y los hechos litigiosos, conviene, en primer lugar, aclarar someramente determinados conceptos que irán apareciendo de manera reiterada a lo largo del presente trabajo.

3.1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Es la facultad atribuida a los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado para el conocimiento y resolución de litigios que deriven de conflictos jurídicos privados[1] que presentan un componente de internacionalidad.

La atribución de tal competencia se encuentra regulada mediante un conjunto de normas que determinan cuando son competentes los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado para conocer del asunto planteado, cuando este concreto Estado mantiene una vinculación relevante con dicho asunto.

[1] FONT I SEGURA, A. Y OTROS. "Competencia judicial internacional". UOC. FUOC. 2019, en https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/147964/1/CompetenciaJudicialInternacional.pdf, p. 8.

3.2. RESIDENCIA HABITUAL.

Criterio general de atribución de competencia del Derecho internacional privado en el ámbito de la Unión Europea, junto con el criterio de nacionalidad, en materia de "disolución del vínculo matrimonial[2]", contenido en instrumentos normativos internos, en base a los principios de proximidad y previsibilidad de las partes litigantes.

Al no hallarse en estas normas del Derecho internacional una definición del término "residencia habitual", la doctrina del TJUE establece unos criterios interpretativos que varían en función del contexto de la norma que refiera el concepto. Así, en materia de crisis matrimonial -art. 3 del Reglamento (UE) II bis-, para determinar la residencia habitual de una persona han de confluir dos requisitos: a) la voluntad de esta de fijar su centro de vida en un lugar determinado; b) una presencia prolongada y regular en el territorio de otro Estado miembro.

En materia de obligaciones de alimentos, la delimitación autónoma y uniforme de la residencia habitual viene dado por idénticos principios de proximidad y previsibilidad, facultando al demandante para incoar el procedimiento de reclamación de estos en los foros alternativos dispuestos en el art. 3 del R (UE) 4/2009. Es decir, son competentes para conocer de la reclamación de alimentos los tribunales del lugar donde el acreedor o el demandante de alimentos tengan su residencia habitual.

3.3. INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS AGENTES DIPLOMATICOS.

Prerrogativa inherente al personal del cuerpo diplomático que impide a un Estado extranjero incoar un procedimiento en su contra si el demandado invoca su condición de representante de otro Estado. Es un privilegio jurisdiccional[3] o una excepción a la jurisdicción de los tribunales de un Estado, no una excepción sobre la competencia judicial internacional de los tribunales.

Esta inmunidad es plena en la jurisdicción penal, aun cuando el infractor fuera sorprendido en delito flagrante, salvo que el Estado otorgante revoque la de inmunidad de jurisdicción. En la jurisdicción civil y administrativa el art. 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) establece una serie supuestos exceptuados de la

[2] SABIDO RODRIGUEZ, M. "La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2023). Vol. 15. Núm. 2. p. 1325.
[3] FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas. Navarra. 2016. p. 65.

protección que otorga la inmunidad de jurisdicción cuando los actos no revisten carácter oficial, sino que forman parte del ámbito privado.

3.4. FORUM NECESSITATIS.

O foro de necesidad. Es la declaración de competencia de un Tribunal para resolver un concreto asunto, competencia que no ha sido determinada con carácter previo. Su finalidad consiste en evitar situaciones de indefensión o denegación de justicia. El basamento legal de esta excepción procesal se encuentra en el principio de tutela judicial efectiva. Es una regla especial que se aparta de la general predeterminación legal de competencia de los Tribunales.

4. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

A la vista de las circunstancias y de los hechos anteriormente descritos, la Audiencia Provincial de Barcelona acuerda la suspensión del procedimiento incoado y plantear ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

4.1.- Interpretación del concepto "residencia habitual" del artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003, y del artículo 3, apartados a) y b) del Reglamento 4/2009, de los agentes contractuales de la Unión Europea, con nacionalidad de un EM y residencia habitual en un tercer Estado cuando su estancia en dicho estado se debe al desempeño de sus funciones y se encuentren amparados por las prerrogativas inherentes a los agentes diplomáticos en el ejercicio de sus funciones.

4.2.- Incidencia de la nacionalidad de la madre y de la residencia habitual de esta con anterioridad a la celebración del matrimonio a los efectos de determinar la residencia habitual de los menores.

4.3.- Posibilidad de invocar los artículos 7 y 14 del R (UE) 2201/2003, sobre competencia residual en materia de disolución matrimonial y de responsabilidad parental, en los supuestos de falta de competencia territorial de órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro.

4.4.- Presupuestos necesarios para que órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se atribuyan la competencia en materia de obligaciones de alimentos cuando la residencia habitual de todas las partes se encuentre en un país no miembro de la Unión Europea, por aplicación del fórum necessitatis del artículo 7 del R(UE) 4/2009.

5. FUNDAMENTOS JURIDICOS

5.1 Interpretación del concepto "residencia habitual" del artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 y del art. 3, apartados a) y b) del Reglamento 4/2009, de los agentes contractuales de la Unión Europea, con nacionalidad de un EM y residencia habitual en un tercer Estado cuando su estancia en dicho estado se debe al desempeño de sus funciones y se encuentran amparados por las prerrogativas inherentes a los agentes diplomáticos en el ejercicio de sus funciones.

A. Interpretación de residencia habitual del art. 3 Reglamento 2201/2023

Conviene recordar que las normas de Derecho internacional privado posteriores a la II Guerra Mundial: "nunca han definido legalmente la noción de residencia habitual[4]", postura igualmente adoptada por las instituciones y aplicada en toda la Unión Europea[5]

El TJUE ha resuelto por primera vez esta cuestión en su resolución de 25 de noviembre de 2021, concretando los criterios que determinan la residencia habitual de un cónyuge en una situación de crisis conyugal[6].

Sentado lo anterior, los criterios de atribución de la competencia judicial internacional en materia de separación, divorcio o nulidad matrimonial se encuentran recogidos en los artículos 3 al 5 de R (UE) 2019/1111 (Bruselas II ter).

El artículo 3 de esta norma establece una serie de criterios alternativos para atribuir la competencia judicial internacional, sujetos a revisión "de oficio" por el Tribunal ante el que se plantee el litigio, en asuntos relativos a situaciones de crisis matrimonial en el seno de la Unión Europea, atendiendo a la residencia habitual y a la nacionalidad de los cónyuges.

Así, son competentes para conocer de un determinado asunto los Tribunales del:

---

[4] CARRASCOSA GONZALEZ, J. "El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo". Barataria. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. Núm. 19. 2015. p. 19.

[5] PEREZ MARTIN, L.A. "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". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2022). Vol. 14. Núm. 1. p. 430.

[6] STJU (Sala Tercera), de 25 de noviembre 2021, as C-289/20 (ECLI:EU:C:2021:955), apartado 57: "…a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, considerar que el concepto de «residencia habitual» se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, por otra, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate."

1. Territorio en donde los cónyuges tuvieran fijada su residencia habitual al momento de interponer la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial.
2. Territorio en donde los cónyuges hubieren fijado su residencia habitual, cuando uno de ambos resida allí.
3. Territorio en donde se encuentre la residencia habitual del demandado.
4. En supuestos de presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial de mutuo acuerdo, será competente el Tribunal del territorio en donde se halle la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.
5. Cuando el demandante sea nacional de otro Estado miembro, serán competentes los Tribunales del Estado miembro en donde se incoe la demanda si el demandante haya fijado su residencia habitual durante, al menos, el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda.
6. Cuando el demandante sea nacional del Estado miembro, serán competentes los Tribunales de este Estado si el demandante ha residido en este los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.
7. Serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando ambos cónyuges tengan la misma nacionalidad.

Estos fueros sobre competencia judicial internacional en materia matrimonial son alternativos. Por ello, no existe una jerarquía ni un orden de precedencia[7]. En consecuencia, para conocer de un determinado asunto será competente cualquiera de los foros que cumplan los requisitos de residencia y nacionalidad de los cónyuges.

En segundo lugar, es necesario precisar si los agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer Estado se encuentran amparados por el estatus diplomático y, por tanto, gozan de inmunidad de jurisdicción. Par aclarar esta cuestión, el art. 1 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, enumera las categorías de personal que forman parte del cuerpo diplomático, a quienes esta norma otorga la prerrogativa de inmunidad de jurisdicción. Así, el art. 31 de este texto legal dispone:

> "El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

[7] STJUE (Sala Tercera), de 16 de julio 2009, as C-168/08 (ECLI:EU:C:2009:474).

a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales."

En base a lo anterior, como ya hemos mencionado anteriormente, la inmunidad de jurisdicción de los miembros del cuerpo diplomático es plena. Únicamente, quedarían exentas de esta protección determinadas acciones civiles y administrativas de carácter patrimonial.

No obstante, en aras de clarificar la extensión de esta protección diplomática, en el art. 1 de la precitada norma se especifica qué personal se encuentra amparado por el estatus que alega la parte actora, relación que no incluye al personal contratado para tareas manuales o administrativas.

Por su condición de agentes contractuales de la Unión Europea acreditados ante un tercer Estado, mantienen una relación de servicios de carácter administrativo, cuya regulación laboral se encuentra contenida en el Régimen Aplicable a los otros Agentes de la Unión Europea (RAA). Este personal, cuando se encuentren destinados en la delegación de un tercer Estado en cumplimiento de las funciones atribuidas, tiene regulada su actividad en el Protocolo 7 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre los Privilegios y las Inmunidades de la Unión Europea. En este sentido, el artículo 11 de este Protocolo establece:

"En el territorio de cada uno de los Estados miembros e independientemente de su nacionalidad, los funcionarios y otros agentes de la Unión:

a) gozarán de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial, incluidas sus manifestaciones orales y escritas, sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados relativas, por una parte, a las normas sobre la responsabilidad de los funcionarios y agentes ante la Unión y, por otra, a la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conocer de los litigios entre la Unión y sus funcionarios y otros agentes…"

En base a lo anterior, cabe concluir que los agentes contractuales no gozan de inmunidad de jurisdicción en los actos llevados a cabo a título privado, ni de conformidad con el Convenio de Viena ni de conformidad con la normativa europea aplicable a esta materia, el Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea, por el carácter privado de las pretensiones planteadas y que son objeto del presente trabajo.

Habida cuenta de lo antedicho, procede responder a esta cuestión que la condición de agentes contractuales de la Unión Europea acreditados en un tercer Estado no es un elemento determinante ni presenta incidencia alguna al momento de determinar la residencia habitual de los cónyuges.

En el caso que nos ocupa cabe manifestar que, a la vista de los hechos descritos, los tribunales españoles no serían competentes para conocer de la demanda de divorcio, pues no se cumplen los presupuestos requeridos en el artículo 3.1 del R (UE) Bruselas II bis de residencia de los cónyuges. Tampoco cabe atribuir la competencia a los tribunales de otro Estado miembro atendiendo a la nacionalidad común -artículo 3.2-, al ostentar la demandante nacionalidad española y el demandado la nacionalidad portuguesa. Tomando como punto de partida la residencia habitual de la demandante, quien no reside de forma habitual en ningún Estado miembro al no estar fijado su centro de vida y no darse el requisito de presencia prolongada y regular en España, los tribunales competentes para conocer de la demanda de divorcio serían los tribunales togoleses.

Teniendo en cuenta que la demandante tiene fijada su residencia habitual en Togo al momento de interponer la demanda de divorcio, atendiendo a criterios de residencia habitual establecidos en el art. 3 mencionado no cabe atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro.

Tampoco serían competentes los tribunales españoles por razón de la nacionalidad del demandado, portuguesa. Así, el art. 6.2, inciso segundo, permite instar la demanda de divorcio ante los tribunales de Estado de la nacionalidad del cónyuge. En este caso, si fueran competentes los tribunales de Portugal:

> "Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5".

En conclusión, la condición de agentes contractuales no se puede considerar un elemento determinante para establecer la residencia habitual de los cónyuges al momento de interposición de una demanda derivada de crisis matrimonial.

B. Interpretación de residencia habitual del art. 3 del Reglamento 4/2009

En cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional en materia de obligaciones de alimentos el art. 3 del R (UE) n.º 4/2009 (Bruselas III), dispone unos criterios alternativos de atribución de competencia basados en la protección de la parte más débil, e inspirado en los principios ya mencionados anteriormente en materia de crisis conyugal: principios de proximidad entre el acreedor de alimentos y el órgano jurisdiccional competente y previsibilidad de las partes en las normas de atribución de competencia –principios que fundamentan la normativa institucional sobre atribución de competencia judicial internacional y ley aplicable.

La aplicación de estos principios debe realizarse de forma autónoma y uniforme[8] para definir el concepto "residencia habitual" en materia de obligaciones de alimentos. Así, el art. 3 contiene cuatro foros alternativos donde el demandante puede instar la demanda de reclamación de alimentos:

1. Órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del demandado, o bien.
2. Órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor de alimentos, o bien.
3. Cuando la reclamación de alimentos sea accesoria de una demanda generalmente vinculada a esta (separación, divorcio o nulidad matrimonial) será competente para resolver sobre la reclamación de alimentos, en virtud de la ley del foro, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda principal.
4. Cuando la reclamación de alimentos sea accesoria de una demanda relativa a la responsabilidad parental será competente para resolver sobre la reclamación de alimentos, en virtud de la ley del foro, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la demanda principal.

La finalidad de estas reglas de atribución de competencia se fundamenta en la protección de la parte habitualmente más débil, que garantice una buena administración

[8] CORDERO ALVAREZ, C.L. "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". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2023). Vol. 1. p. 254.

de justicia, así como el respeto a los derechos que asisten al acreedor y al deudor de alimentos con independencia del foro competencial de resolución de la controversia.

Los criterios para determinar el concepto residencia habitual establecidos en el art. 3 del Reglamento Bruselas III se encuentran presididos por idénticos principios y elementos contenidos en el Protocolo de la Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias[9]:

> "Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho Protocolo permite al acreedor de alimentos, de hecho, elegir la ley aplicable a su demanda en materia de obligaciones de alimentos, al prever que se aplique prioritariamente la ley del foro y no la del Estado de residencia habitual del acreedor cuando esté presente su demanda ante la autoridad competente de la residencia habitual del deudor…"

El órgano jurisdiccional que presenta una mayor vinculación con el objeto del procedimiento de reclamación de alimentos sería, con carácter general, el tribunal donde se encuentre la residencia habitual del acreedor de alimentos, conexión que permite determinar con mayor exactitud las circunstancias que se exigen para otorgar una pensión de alimentos y la cuantía de esta. El lugar de residencia habitual del acreedor de alimentos se rige por los mismos criterios que en materia matrimonial. Es decir: voluntad de la persona de establecer su centro de vida en un lugar concreto, así como la permanencia estable en un territorio.

En este caso, es inequívoco que la residencia habitual de los menores se encuentra en Togo, donde presumiblemente se encuentran escolarizados. Según jurisprudencia del TJUE,[10] el lugar de residencia habitual del menor se debe determinar en función de las circunstancias particulares en cada caso: grado de integración en su entorno social y familiar; la regularidad y permanencia en un territorio; su nacionalidad; las condiciones de escolarización y sus conocimientos lingüísticos[11].

En conclusión, la respuesta a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Barcelona al TJUE en lo relativo a la interpretación del concepto residencia

---

[9] STJUE de 5 de septiembre de 2019 (Competencia responsabilidad parental y obligaciones de alimentos), as C468/18 (EU:C:2019:666), apartado 46.

[10] STJUE de 2 de abril de 2009 (Decisión relativa a la guarda y custodia de menores y su acogimiento fuera del entorno familiar), as C-523/07 (EU:C:2009:225), apartado 44.

[11] FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores.* 1ª ed., Editorial Spin, Madrid, 2020, pp. 10 y ss.

habitual de los Reglamentos (UE) 2201/2003 y 4/2009 de los agentes contractuales de la UE destinados en un tercer Estado cabe concluir que los cónyuges y sus hijos no cuentan con inmunidad de jurisdicción al no pertenecer al cuerpo diplomático ni tampoco el Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades extiende su protección a los actos que revistan carácter privado. Consecuentemente, los tribunales nacionales no pueden fundamentar su competencia en normas de derecho interno, pues el punto de conexión para la atribución competencia en materia de divorcio y reclamación de alimentos se realiza en base a la residencia habitual de los cónyuges y de los menores, y esta se encuentra en Togo.

5.2 Incidencia de la nacionalidad de la madre y de los menores, y de la residencia habitual de ésta con anterioridad a la celebración del matrimonio a los efectos de determinar la residencia habitual de los menores.

La residencia habitual es el criterio de atribución de competencia judicial internacional esencial para garantizar la protección del interés superior del menor. A falta de una definición del concepto, la jurisprudencia del TJUE ha considerado la residencia habitual un factor de hecho que ha de ser interpretado atendiendo a la materia.

La primera referencia en la normativa internacional a la residencia habitual del menor como criterio nuclear de atribución de competencia lo encontramos en el Convenio de la Haya de 1961[12]. Así, su artículo 8 dispone: "…las autoridades del Estado de residencia habitual de un menor podrán adoptar medidas de protección en caso de que el menor esté amenazado por un peligro serio para su persona o sus bienes".

Posteriormente, con la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1996, el artículo 5 de esta norma consolidó el criterio para establecer, en materia de responsabilidad parental y protección a la infancia, la atribución de la competencia a las autoridades judiciales o administrativas del Estado en donde se encontrase fijada su residencia habitual[13].

Centrando la cuestión competencial en el ámbito de la Unión Europea, sus textos normativos han seguido idénticos criterios contemplados en las normas anteriormente citadas, manteniendo la residencia habitual del menor para atribuir la competencia en

[12] Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.
[13] Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección a los niños.

materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado que mejor garantice la protección del interés superior del menos.

En este sentido, el Reglamento Bruselas II bis/ter, dispone que la atribución de la competencia judicial internacional en lo referido a la responsabilidad parental han de atender al: "interés superior del menor y en particular en función del criterio de proximidad"[14].

En efecto, atendiendo a la teleología de este precepto, el concepto primordial en base al cual se debe se atribuye la competencia debe centrarse en la proximidad geográfica del menor con respecto al órgano judicial competente. En este sentido, el TJUE se ha pronunciado en numerosas sentencias. A modo de ejemplo, la STJUE en el asunto C-499/15 dispone, con carácter general la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del menor, salvo: "….ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental[15]"

La residencia habitual del menor es, por tanto, el criterio nuclear de atribución de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Y así queda establecido en el artículo 8 de la precitada norma, en aplicación del criterio de proximidad. Ahora bien, también contempla esta norma dispone en sus artículos 9 a 15 de foros especiales de aplicación en determinados supuestos especiales que permiten una mejor adaptación a las circunstancias de cada caso.

En la actualidad, la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111 (Bruselas II ter) ha derogado el anterior Reglamento, pero ha mantenido idénticos criterios y principios[16]. En este sentido, la norma dispone que los criterios de competencia judicial internacional en relación con el interés superior del menor han de interpretarse en igual sentido que los contemplados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[17]: "En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o

[14] Considerando 12 del Reglamento (CE) Nº 2201/2023 del Consejo, de 27 de noviembre de 2023, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
[15] STJUE de 15 de febrero de 2017 (Competencia de los órganos jurisdiccionales de Estado miembro de residencia del padre….), as C-499/17 (EU:C:2017:118), apartado 51.
[16] Considerando 20 del Reglamento (CE) Nº 1111/2019 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.
[17] Artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial". Y en consonancia con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[18].

El artículo 7 del R 1111/2019, sobre competencia general, dispone que el criterio general de atribución de competencia es el de la residencia habitual del menor.

Al igual que su antecesor, también establece esta norma unos criterios especiales de aplicación ante circunstancias específicas[19] que permiten atribuir la competencia al Estado miembro donde los progenitores, de mutuo acuerdo, hayan instado un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial. Existiría, ante tales circunstancias, una vis atractiva con respecto a la demanda principal instada por los progenitores, que facultaría a un Estado miembro para resolver las cuestiones relativas a los menores, aun en el caso en que estos no residan en este Estado, siempre que la defensa del interés superior del menor quede garantizada. La aplicación de este precepto requiere de la aceptación expresa de ambos progenitores con anterioridad a la presentación de la demanda o, a lo sumo al momento de su interposición.

En primer lugar, ningún texto legal contempla entre los criterios de atribución competencial en asuntos que afecten a menores cuestiones ajenas a estos. No figura en las reglas sobre jurisdicción internacional ninguna circunstancia que guarde relación con las situaciones fácticas de los progenitores, salvo las descritas en el párrafo anterior, reglas que no podrían ser invocadas en supuestos contenciosos. Por tanto, la nacionalidad de la progenitora o su lugar de residencia habitual de esta con carácter previo a la celebración del matrimonio no vincularían a los tribunales de otro Estado distinto del de la residencia habitual de los menores.

Habida cuenta de la ya manifestado con respecto al concepto autónomo de la residencia habitual del menor, analizado desde un plano fáctico, la nacionalidad y residencia de la madre no guardan relación con el objeto del proceso en materia de responsabilidad parental. Por todo ello, nos encontramos ante dos circunstancias irrelevantes, impertinentes, para atribuir la competencia a los tribunales nacionales.

[18] Considerando 19 del Reglamento (CE) Nº 1111/2019 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.
[19] Considerando 23 del Reglamento 1111/2019.

En segundo lugar, la nacionalidad de los menores *per se* tampoco sería una circunstancia suficiente para atribuir la competencia a nuestros tribunales. Según la jurisprudencia del TJUE, para declarar la competencia judicial de un determinado Estado se exige la presencia estable y prolongada en este, así como que concurran situaciones fácticas que acrediten el arraigo del menor en un determinado Estado. Estas circunstancias guardan relación con la escolarización de los menores, entorno, relaciones personales, etc.

En conclusión, las circunstancias alegadas por la madre en su demanda ante la Audiencia Provincial de Barcelona no presentan basamento legal o jurisprudencial sobre las que sustentarse, pues la competencia judicial se atribuye en base a la residencia habitual de las partes y, en el caso que nos ocupa, esta se encuentra en Togo.

5.3- Posibilidad de invocar los artículos 7 y 14 del R (UE) 2201/2003, sobre competencia residual en materia de disolución matrimonial y de responsabilidad parental, cuando el demandado ostenta la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se planteó el litigio.

La competencia residual dispuesta en los artículos 7 y 14 del R 2201/2003 es una regla de atribución especial de competencia judicial internacional prevista para situaciones que no permiten atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro, en virtud de lo dispuesto en las reglas de competencia general de esta norma. Estos dos preceptos legales permiten al tribunal ante el que se formula la pretensión pronunciarse sobre litigios en materia de disolución matrimonial o de responsabilidad parental aplicando las normas de su Derecho interno. La interpretación y alcance del concepto "competencia residual" queda delimitada por su ámbito material de aplicación.

En materia matrimonial, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda de divorcio no serán competentes cuando el demandado posea la nacionalidad de otro Estado miembro. Es preciso aclarar que los artículos 6 -competencia de carácter exclusivo- y 7 -competencia residual- del R. 2201/2003 (normativa en vigor al momento de dictar el TJUE la resolución objeto del presente trabajo, y posteriormente derogado por el R. 1111/2019), pueden resultar contradictorios.

El tenor literal de estos dos artículos de esta norma puede resultar confuso por cuanto que pudiere entenderse que la regla especial de atribución competencial contenida en el artículo 7 impediría la aplicación de la regla general del artículo 6 en todo caso. Sin embargo, estos dos preceptos normativos son complementarios.

Así, el artículo 6[20], relativo al ámbito de aplicación personal de la norma, dispone dos puntos de conexión para el otorgamiento de competencia con carácter exclusivo: la residencia habitual o la nacionalidad de uno de los cónyuges en un Estado miembro. Tomando como referencia el criterio de la residencia habitual, el Reglamento extiende su competencia a los cónyuges, de nacionalidad comunitaria o no, cuya residencia habitual se encuentre en un Estado miembro. Por ello, cuando el demandado ostente la nacionalidad de un Estado miembro o tenga fijada su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional donde se presenta la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, el carácter exclusivo de la competencia del artículo 6 impide a un Estado miembro aplicar su Derecho interno, pues solo será competente el Estado miembro de la nacionalidad del demandado.

Con respecto a la atribución de competencia residual dispuesta en el art. 7, esta queda excluida cuando el demandado haya fijado su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o cuando ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Es decir, en materia matrimonial, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda atribuirse la competencia en base a lo dispuesto en los artículos 3 a 5, quedará excluida la aplicación de las normas de Derecho interno de otro Estado miembro.

Como hemos mencionado en el párrafo anterior, estos dos artículos pueden resultar contradictorios pues, de su tenor literal pudiera interpretarse que existe una prevalencia del artículo 7 sobre el contenido del artículo 6. Sin embargo, operan, como preceptos complementarios. De suerte que el Estado miembro que declare su competencia para la resolución de una demanda en aquellos supuestos que no permitan la atribución de competencia en base a lo dispuesto en los artículos 3 a 5 de esta norma, sobre competencia general en esta materia, podrá aplicar su Derecho interno en base a lo dispuesto en el art. 7, salvo en los supuestos donde el cónyuge demandado ostente la nacionalidad o tenga fijada su residencia en un Estado miembro. En estos casos, el órgano

[20] Artículo del Reglamento 2201/2003: "Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien sea nacional de un Estado miembro….. solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5".

jurisdiccional deberá declarar su falta de competencia o el demandado presentar la declinatoria de jurisdicción.

En conclusión, a la vista de las circunstancias fácticas de este caso: residencia de los cónyuges en Togo y la nacionalidad del demandado, los tribunales españoles no podrán atribuirse la competencia en materia matrimonial. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales competentes en materia matrimonial serían los tribunales togoleses, atendiendo a lugar de residencia habitual de los cónyuges.. En segundo lugar, para gozar de la seguridad jurídica que proporcionan los reglamentos del UE, que: "favorecen la seguridad jurídica y evitan el fórum shopping"[21], la demanda de disolución matrimonial ha de presentarse ante los tribunales portugueses. Por lo anteriormente expuesto, no cabe invocar el *fórum necessitatis* del artículo 7 del R 2201/2003, pues el contenido del artículo 6 del mismo texto legal impide a los tribunales españoles declararse competentes.

Cabe añadir a este respecto que el Reglamento Bruselas II ter ha simplificado y clarificado los criterios. El artículo 6 subsume el criterio de "carácter exclusivo" vinculado a la residencia habitual y a la nacionalidad del demandado de la norma derogada. El nuevo reglamento mantiene las circunstancias de la residencia habitual y nacionalidad del cónyuge demandado como criterio de atribución residual, no exclusivo.

En cuanto a las pretensiones relativas a la responsabilidad parental, cuando el demandado sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel ante el que se interpone la demanda no obsta para que los órganos jurisdiccionales de este Estado reconozcan su competencia.

Es decir, cuando no sea posible la atribución de competencia judicial internacional con base en lo establecido en las reglas de competencia general en materia de responsabilidad parental dispuestas en los artículos 8 a 13, habida cuenta de que la presencia física del menor queda acreditada en base a su lugar de residencia habitual, y este es un requisito indispensable para la que el órgano jurisdiccional se declare competente, el TJUE: "resuelve que cada Estado miembro seguiría teniendo la facultad, de conformidad con el artículo 14, de fundar la competencia de sus propios órganos

[21] LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A, "Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2022). Vol. 14, Núm. 1, p. 383.

jurisdiccionales basándose en normas de Derecho interno[22]", aunque, para ello, tenga el tribunal que apartarse: "del criterio de la proximidad en el que se basan las disposiciones del referido Reglamento[23]".

En base a los razonamientos jurídicos antedichos, la nacionalidad del demandado no supondría un obstáculo para que el tribunal ante el que se interpone la demanda en materia de responsabilidad parental pueda atribuirse la competencia para la resolución del asunto. La norma europea trata de garantizar el interés superior del menor y fundamenta la facultad del tribunal para resolver en el lugar donde se halle fijada su residencia habitual o, en su caso, por razón de la nacionalidad del menor, con independencia de que el progenitor demandado ostente la nacionalidad de un Estado miembro distinto del Estado miembro de pertenencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda.

Por tanto, del análisis de las circunstancias fácticas de este asunto, y teniendo en cuenta que la residencia habitual de todos los miembros de la unidad familiar se encuentra fijada en Togo, Estado que no forma parte del Convenio de la Haya de 1996 (en adelante CLH 1996), los órganos jurisdiccionales nacionales podrán declararse competentes en base a lo dispuesto en el artículo 14 y, en consecuencia, aplicar su Derecho interno. La competencia judicial internacional en España se encuentra regulada en el artículo 22 quarter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Este precepto legal establece los criterios de atribución de competencia a los tribunales nacionales[24].

En el caso que nos ocupa, al disponer ambos menores de la nacionalidad española, los órganos jurisdiccionales nacionales sí podrían atribuirse la competencia del artículo 14 de Reglamento Bruselas II bis: "cuando el demandante sea español" para adoptar

---

[22] CORDERO ALVAREZ, C. I, "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". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2023). Vol. 15, Núm. 1, p. 265.

[23] STJUE de 17 de octubre de 2018 (Cooperación en materia de responsabilidad parental. Necesidad de presencia física del menor), as C-393/18. ECLI:EU:C:2018:835, apartado 57.

[24] Artículo 22 quarter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, de protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de interposición de la demanda, o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda".

medidas paterno-filiales. El TJUE entiende que la atribución de competencia por aplicación del fórum necessitatis redunda en el interés superior del menor[25].

Aclarado lo anterior, es necesario resaltar que nos encontramos ante una relación jurídica que afecta a un tercer Estado -Togo- que no ha suscrito el CLH 1996, sobre competencia, Ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores.

Por tanto, es necesario determinar las relaciones entre estas dos normas de Derecho que conviven en materia de protección internacional de menores, pues el CLH afecta a la aplicación del fórum necessitatis del art.14 del RBII bis, por cuanto que su interpretación pueda generar dudas. Esta cuestión, regulada anteriormente en el artículo 61 RB II bis, se encuentra recogida en el art. 97 del RB II ter.

En este sentido, el referido art. 61.a) dispone que el Reglamento será de aplicación cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. En correspondencia con este precepto el artículo 52.2 del CLH 1996[26] dispone que los Estados parte del Acuerdo pondrán concluir acuerdos en materia de responsabilidad parental en asuntos relativos a menores cuya residencia habitual se halle fijada en el territorio de uno de los Estados parte del CLH.

Es importante manifestar que el RB II ter tampoco ha resuelto las dudas suscitadas con respecto a la relación entre esta norma y el CLH. El art. 14 atribuye la competencia a un Estado miembro cuando los órganos jurisdiccionales de ningún otro Estado miembro resulten competentes, obviando lo dispuesto en las demás disposiciones jurídicas de Derecho internacional reguladoras de la competencia en materia de responsabilidad parental. Esta circunstancia puede inducir a error en la aplicación de los tratados internacionales al propio órgano juzgador y resolver la controversia jurídica en base a lo dispuesto en los foros de competencia de nuestro Derecho interno, obviando los preceptos

[25] CALVO BABÍO, F. "Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país; ¿se puede divorciar en un Estado miembro?. Y ¿qué pasa con los diplomáticos?". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2023). Vol. 15, Núm. 1, p. 918.

[26] Artículo 52.2 del Convenio de la Haya de 1996: "El Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos".

contenidos en el CLH 1996[27], por entender el órgano juzgador que el Convenio es de aplicación en todos aquellos supuestos donde no es posible aplicar el Reglamento Bruselas II bis/ter. De ser cierta esta teoría, no habría ningún supuesto que pudiera ser resuelto aplicando el Derecho interno con arreglo a lo dispuesto en el art. 14 del Reglamento al quedar, de facto, vacío de contenido el precepto.

En este sentido, la doctrina mayoría es contraria a esta interpretación. Del tenor del art. 61 RB II bis/ 97 RB II ter no es posible afirmar que el Convenio se aplica a todos aquellos supuestos en los que no resulta aplicable el Reglamento, solo se establece la relación existente entre ambas normas internacionales en materia de responsabilidad parental. En consecuencia, cuando la residencia habitual del menor se encuentra situada en un Estado miembro es de aplicación la norma comunitaria. Pero también resulta igualmente aplicable el RB II bis/ter cuando la residencia habitual del menor se encuentra en un tercer Estado.[28]

El propio Reglamento, en su art. 12, establece los criterios para atribuir la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales un Estado miembro en base a la estrecha vinculación del menor con el Estado miembro ante el que se interpone la demanda en materia de responsabilidad parental.[29] A este respecto, el art. 12.3.a) del RBII bis atribuye la competencia judicial internacional por razón de la nacionalidad del menor residente en un tercer Estado a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando: "el menor es nacional de dicho Estado".

En conclusión, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada con respecto al modo de interpretar los arts. 6/7 y 14 del RB II bis/ter, cabe concluir que los criterios en base a los cuales un órgano jurisdiccional puede atribuirse la competencia residual, dependerán del ámbito material de la materia objeto del litigio.

Si la cuestión planteada se circunscribe a la responsabilidad parental, nuestros tribunales nacionales podrían declarar su competencia al contar ambos hijos menores de

---

[27] OREJUDO DE LOS MOZOS, P. "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional*". La Ley. Unión Europea*. 2014. Núm. 21. pp. 5 a 22.

[28] HERRANZ BALLESTEROS, M. "Proyección de la competencia de las autoridades de los Estado miembros sobre menores residentes en terceros Estados. La experiencia española". *Revista General del Derecho Europeo.* (Noviembre 2020). Núm. 52. p. 5.

[29] CAMPUZANO DIAZ, M. "Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2023: Sentencia del 17 de octubre de 2018, UD y XB, as 393/18 PPU." *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (octubre 2019). Vol. 11. Núm. 2. p. 465.

edad con doble nacionalidad española-portuguesa. Y pronunciarse sobre esta materia en virtud de lo dispuesto en el art. 12.3.a) del RB II bis -ya derogado-, criterio que continua vigente en el art. 10.1.a.iii del RB II ter. A mayor abundamiento, y dadas las circunstancias fácticas del asunto, cabe añadir que un tribunal de un Estado miembro podrá declarar su competencia al tener los menores de edad su residencia habitual fijada en un tercer Estado no parte del CLH 1996[30].

Por ello, cabe concluir que en materia de responsabilidad parental la nacionalidad del demandado no impide que un Estado miembro declare su competencia. En este caso, los tribunales nacionales sí serán competentes con basamento en los preceptos legales citados, y resolver la cuestión suscitada según dispone el art. 14 del Reglamento, relativo a la competencia residual.

Por el contrario, en materia matrimonial, al no concurrir los requisitos establecidos en los art. 3, 4 y 5 de la precitada norma, y el carácter exclusivo de atribución competencial del art. 6.b) -nacionalidad del demandado-, los tribunales nacionales no podrán declarar su competencia residual dispuesta en el art. 7.

En base a lo anterior, la demandante se vería avocada al fraccionamiento de los foros, debido a que la residencia habitual de los miembros de la unidad familiar se encuentra ubicada en un tercer Estado no parte del CLH. Es decir: plantear la demanda en materia de responsabilidad parental en España y la demanda de divorcio en Portugal -nacionalidad del demandado-, o en Togo – lugar de su residencia habitual-.

5.4- Presupuestos necesarios para que órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se atribuyan la competencia en materia de obligaciones de alimentos cuando la residencia habitual de todas las partes se encuentre en un tercer Estado, en aplicación del fórum necessitatis previsto en el artículo 7 del R (UE) 4/2009.

El Reglamento (UE) 4/2009 se encarga de regular las obligaciones de alimentos en el ámbito de la Unión Europea derivadas de una relación familiar, parentesco o afinidad (art. 1.1) con la finalidad de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores

[30] Art. 12.4 del RB II bis: "Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate".

(Considerando 11) que permita su aplicación a los: "nuevos modelos familiares reconocidos en la realidad social y jurídica de muchos de los Estados miembro[31]."

La teleología de este instrumento normativo persigue la aplicación uniforme de las obligaciones alimenticias en el ámbito comunitario, disponiendo una serie de criterios de atribución de la competencia judicial internacional desde una perspectiva de cooperación entre órganos jurisdiccionales de los distintos EM.

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán declarar su competencia cuando concurran en el litigio cuatro exigencias acumulativas que faculten a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante el que se presenta la demanda atribuirse la competencia judicial internacional por aplicación del art. 7 del R 4/2009:

1) El órgano jurisdiccional deberá comprobar la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales del resto de Estados miembro a tenor de lo establecido en los artículos 3, 4 y 5 de esta norma, sobre competencia general en materia de obligaciones de alimentos.

   No podrá este tribunal declarar su competencia, igualmente, cuando otro Estado parte en el Convenio de Lugano[32] sea competente para conocer del litigio, según dispone el art. 6 del de la norma, sobre competencia subsidiaria, aplicable por razón de la nacionalidad común de las partes.

   Por tanto, el primer requisito necesario para atribuir la competencia judicial internacional excepcional del foro de necesidad (art. 7) en materia de obligaciones de alimentos a un Estado miembro es la exclusión de la competencia de los órganos jurisdiccionales, incluidas en este concepto las autoridades administrativas[33] -(Considerando 12)- de los demás Estados miembro, con arreglo a lo dispuesto en las reglas contenidas en los arts. 3 a 6 del R 4/2009.
2) El segundo presupuesto necesario para aplicar la competencia de la regla dispuesta en el art. 7 es que el litigio presente una estrecha vinculación con un tercer Estado, atendiendo al criterio de la residencia habitual de los litigantes. En este caso, la

[31] RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.A. "La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, Ley aplicable y reconocimiento y ejecución de Sentencia. Artículo publicado en página web https//dialnet.uniroja.es

[32] Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007.DOUE L 147 de 10 junio 2009. p. 5.

[33] GARAU SOBRINO, F.F. "La fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?. *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2011).Vol. 3. Núm. 2. p. 134.

residencia habitual de todos los miembros de la unidad familiar se encuentra en Togo al momento de instar la demanda.

3) En tercer lugar, se requiere que las condiciones fácticas o jurídicas en este tercer Estado impidan el acceso a la jurisdicción o que los órganos jurisdiccionales del Estado de que se trate no garanticen la tutela judicial efectiva del demandante.

   Para acreditar tales circunstancias, el TJUE exige que el litigante ha instado el procedimiento con resultado negativo,[34] lo que permitiría la atribución de competencia del fórum necessitatis del Reglamento, con carácter excepcional, a un Estado miembro.

   Teniendo en cuenta que el RB II bis/ter no detalla qué circunstancias concretas imposibilitarían el acceso a los órganos jurisdiccionales este tercer Estado, la propia norma dispone que estos casos excepcionales de denegación de justicia se encuentran relacionadas con conflictos armados o situaciones análogas. En estos casos, se permite la aplicación del foro de necesidad para evitar situaciones de indefensión o denegación de justicia.

4) Siempre y cuando se acredite un vínculo suficiente con el Estado miembro ante el que se insta la reclamación, por ejemplo, "*la nacionalidad de una de las partes.*[35]" Este es el cuarto y último requisito exigido por el TJUE.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA

El criterio esencial de atribución de competencia en los instrumentos normativos europeos de Derecho internacional privado en materia de familia es la residencia habitual, tanto para determinar el foro principal de competencia general, en base a los principios de previsibilidad y proximidad del órgano juzgador con las partes en litigio, como para prefijar el ámbito de aplicación de las normas de Derecho europeo.

Como se ha manifestado en el presente trabajo, el criterio de la residencia habitual ha de ser interpretado de manera autónoma e independiente de la atribuida por los ordenamiento jurídicos de los Estados miembro. Al no existir una definición concreta en

---

[34] CORDERO ALVAREZ, C. I. Op. Cit. p. 105

[35] Considerando 16 del REGLAMENTO (CE) Nº 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.

ninguna norma europea, la residencia habitual es un concepto jurídico indeterminado que requiere para su concreción de un análisis de las circunstancias fácticas de la controversia jurídica planteada, según se trate de: materia matrimonial, obligaciones de alimentos o de responsabilidad parental.

SEGUNDA

En lo relativo a los menores de edad resulta particularmente relevante la interpretación del criterio de residencia habitual que recoge la STJUE objeto del presente trabajo por cuanto que el Tribunal exige una presencia física de carácter prolongado del menor en un determinado Estado, que se acredita mediante la integración de este: escolarización, entorno familiar y relaciones sociales.

Fijados las circunstancias relevantes a los efectos de determinar la residencia habitual del menor y, en base a ello, los órganos jurisdiccionales del Estado competente para resolver las controversias jurídicas surgidas en torno a la persona del menor, las demás circunstancias alegadas por la demandante/progenitora en virtud de su nacionalidad o del lugar de residencia habitual de esta con anterioridad a la celebración del matrimonio no son consideradas pertinentes por los tribunales.

TERCERA

En cuanto al alcance y extensión de la inmunidad de jurisdicción que ampara las actividades del personal perteneciente al cuerpo diplomático la resolución judicial resuelve que esta protección no se hace extensiva al personal que presta servicios en calidad de agentes contractuales de la Unión Europea en terceros Estados ni a sus hijos, aun cuando el Estado acreditante les otorgue estatus diplomático en su territorio.

La Sentencia C-501/20 aclara que la condición de agente contractual no es un elemento que afecte a la determinación de la residencia habitual, lo que supone una esencial aportación al interpretar que la normativa de aplicación a los agentes contractuales es el Protocolo de Privilegios e Inmunidades UE, y no el Convenio de Viena (1961), cuando se trate de actos de carácter privado. En el caso que nos ocupa, asuntos de familia.

CUARTA

Con respecto a la conclusión anterior cabe preguntarse si los expatriados comunitarios en terceros Estados no ven conculcado su derecho a la tutela judicial

efectiva por cuanto que los criterios de atribución de competencia judicial internacional del RB II bis/ter no prevean atribuir la competencia al Estado miembro que presente una mayor vinculación con las partes ante situaciones de crisis matrimonial.

Estos criterios dispuestos en el ya derogado RB II bis han permanecido inalterados en el nuevo RB II ter, con la única excepción prevista en el anterior art. 6 (competencia exclusiva), criterio incluido en la nueva redacción del art. 6 RB II ter como un criterio atributivo de competencia residual. El nuevo Reglamento ha perdido la ocasión de aproximar la realidad jurídica a la realidad fáctica en una sociedad globalizada donde las situaciones de crisis matrimonial entre cónyuges de distinta nacionalidad con residencia habitual en tercer Estado van en aumento.

QUINTA

Considero igualmente relevante la resolución del TJUE con respecto a la interpretación y el alcance de los foros de competencia residual de los artículos 6/7 RB II bis/ter y 14 en función del ámbito material de aplicación. Así, en materia de responsabilidad parental la regla de competencia residual del art. 14 no impide que el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se interpone la demanda se declare competente y aplique las reglas de su Derecho interno para resolver con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12.4 cuando el menor es nacional de dicho Estado, sin atender a la nacionalidad del demandado.

Al contrario, la interpretación y alcance del TJUE sobre el contenido del artículo 7, sobre competencia residual en materia matrimonial, niega el acceso a la jurisdicción a la demandante al no contemplar la norma europea el criterio de atribución competencia de la nacionalidad de la demandante. Esta circunstancia podría llegar a considerarse una laguna legal que la nueva norma R 1111/2019 no ha previsto. Por ello, el margen interpretativo de la norma por parte del TJUE es sustancialmente inferior que en el caso anterior. Este hecho podría considerarse una vulneración del artículo 21.1 de nuestra CE, por cuanto que impide el acceso a la jurisdicción a cónyuges con nacionalidad en un Estado miembro, quedando al arbitrio de los tribunales de terceros Estados donde se encuentre la residencia habitual de este la resolución de las demandas de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CALVO BABÍO, F. "Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país; ¿Se puede divorciar en un Estado miembro?. Y ¿qué pasa con los diplomáticos?". (2023). *Cuadernos de Derecho Trasnacional*. Vol. 15. Núm. 1. pp. 915-923.
- CAMPUZANO DIAZ, M. "Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2023: Sentencia del 17 de octubre de 2018, UD y XB, as 393/18 PPU". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (octubre 2019). Vol. 11. Núm. 2. pp. 462-471.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J. "El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo". *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales.* (2015). Núm. 19. pp. 15-35.
- CORDERO ALVAREZ, C.L. "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". *Cuadernos de Derecho Trasnacional.* (Marzo 2023). Vol. 1. pp. 254-274.
- FERNANDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Civitas. Navarra. 2016.
- FORCADA MIRANDA, F.J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia Matrimonial, Responsabilidad Parental y Sustracción Internacional de Menores.* 1ª ed., Editorial Spin, Madrid, 2020.
- GARAU SOBRINO, F.F. "Las fuentes españolas en materias de obligaciones alimentarias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?". *Cuadernos de Derecho Trasnacional* (octubre 2011). Vol. 3 Núm. 2. pp. 130-144.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. "Proyección de la competencia de las autoridades de los Estado miembros sobre menores residentes en terceros Estados. La experiencia española". *Revista General del Derecho Europeo*. (Noviembre 2020). Núm. 52.

- LOPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A, *"*Análisis crítico e implicaciones prácticas de la competencia residual del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental*". Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Marzo 2022). Vol. 14. Núm. 1. pp. 370/386.
- OREJUDO DE LOS MOZOS, P. *"*Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)*". La Ley. Unión Europea.* 2014. Núm. 21.
- PEREZ MARTIN, L.A. *"*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*". Cuadernos de Derecho* Trasnacional (Marzo 2022). Vol. 14. Núm. 1. pp. 422-443.
- SABIDO RODRIGUEZ, M. "La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional*". Cuadernos de Derecho Trasnacional* (Octubre 2023). Vol. 15. Núm. 2. pp. 1324-1342.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

- Comisión Europea, Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter, Unión Europea, Luxemburgo, 2023, en https://www.cde.ual.es/wp-content/uploads/2023/07/guia-practica-para-la-aplicacion-del-reglamento-bruselas-DS0923030ESN.pdf
- FONT I SEGURA, A. Y OTROS. *Competencia Judicial Internacional. Universidad Oberta de Cataluña. FUOC. 2019, en* https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/147964/1/CompetenciaJudicialInternacional.pdf

JURISPRUDENCIA

- **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
- STJUE de 2 de abril de 2009, as C-523/07 (EU:C:2009:225).
- STJUE de 16 de julio 2009, as C-168/08 (ECLI:EU:C:2009:474).
- STJUE de 15 de febrero de 2017, as C-499/17 (ECLI:EU:C: 2017:118).
- STJUE de 17 de octubre de 2018, as C-393/19 (ECLI:EU:C:2018:835).

- STJUE de 5 de septiembre de 2019, as C-468/18 (ECLI:EU:C:2019:666).
- STJUE de 25 de noviembre 2021, as C-289/20 (ECLI:EU:C:2021:955).

LEGISLACIÓN

- **Legislación internacional:**
  - Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores
  - Convenio sobre Relaciones Diplomáticas firmado en Viena el día 18 de abril de 1961 (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968).
  - Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- **Legislación europea:**
  - Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm.83, de 30 de marzo de 2010).
  - Convenio de la Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (DOUE núm. 151, de 11 de junio de 2008).
  - Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE núm. 331, de 16 diciembre 2009).
  - Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de la Unión Europea (DOUE núm. 53, de 30 de marzo de 2010).
  - Reglamento UE 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 núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).
  - Reglamento UE 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE núm. 178, de 2 de julio de).

- Reglamento UE 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 núm. 7, de 10 de enero de 2009).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010).

- **Legislación española:**
  - Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
  - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).