

# Competencia internacional: adopción de medidas y alimentos

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía del Tribunal Supremo (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

## Enunciado

Una pareja, casados, que vive en España con un hijo común, discuten. La madre se va de España sin avisar ni consultar al padre. Se desplaza con su hijo menor al país de origen de ella (extracomunitario), que ha ratificado el Convenio de La Haya el 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. El padre insta en España la demanda de divorcio y solicita la custodia para él, con un sistema de comunicaciones y visitas para la madre. El juzgado dicta sentencia acordando sólo el divorcio, pero no fijando ningún sistema de comunicaciones entre el padre y el hijo, al considerar que le faltan datos e informes adecuados para ello y que carece de competencia. Recurrida en apelación, la audiencia confirma esta sentencia y añade que deberá ser en el país de origen donde se inicie la modificación de medidas, porque allí se puede arbitrar un sistema de comunicaciones más adecuado. En definitiva, los tribunales españoles no dan respuesta a otra cuestión que la declaración formal de divorcio.

Cuestiones planteadas:

- A) ¿Son competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio?
- B) ¿Son competentes para arbitrar algún tipo de medida de protección o de responsabilidad parental para el hijo?
- C) ¿Son competentes para acordar la pensión de alimentos? ¿En caso de serlo, puede fijarse por un porcentaje de ingresos mensuales?

## Solución

A) ¿Son competentes los tribunales españoles para conocer de la demanda?

La primera cuestión –las demás también– está relacionada con la extensión y límites de la jurisdicción española. Los padres vivían en España. El padre sigue viendo en España. Es la madre la que se desplaza con el hijo al país extracomunitario sin previa consulta al progenitor. La interposición de la demanda de divorcio con petición de medidas plantea muchos problemas de competencia interna o internacional y de normativa aplicable. Incluso de diferenciación entre responsabilidad parental (aplicada a las visitas, guarda y custodia o residencia del menor) y obligaciones de alimentos. En la primera pregunta se nos plantea una demanda de divorcio interpuesta en España, se supone que en el juzgado del domicilio del actor, coincidente con el último domicilio del matrimonio, a elección de este (art. 769 LEC).

En la LOPJ 6/1985, en el artículo 21, se regula la extensión y límites de la jurisdicción española, y en el artículo 4 se nos dice que «la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio nacional en la forma establecida en la Constitución y en las leyes». Por este precepto general empezamos. Si el padre interpone demanda en España, en el domicilio de la última residencia común, tanto por la materia como por las personas, parece que la jurisdicción española es posible. Pero esto es simplificar las cosas, porque la ley española es insuficiente (el art. 769 citado puede ser insuficiente); además hay que tener en cuenta los tratados, los convenios y las normas de la Unión Europea, pues no podemos olvidar que el caso plantea nacionales españoles, extranjeros y menor español desplazado al extranjero. Hay un sinfín de normas que deben ser apreciadas o estudiadas para dar respuesta adecuada al caso. ¿Puedes demandar en España a una persona que vive en el extranjero y en un país extracomunitario? ¿Dónde están los límites de la jurisdicción española?

- Si las dos partes en conflicto fueran o residieran en países comunitarios, para valorar la competencia habría que tomar como referencia la siguiente normativa: el Reglamento 2019/111 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.
- Si, como sucede en el caso, una de las partes es extranjera extracomunitaria, la normativa básica estaría representada por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y el 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 menores.

Es curioso que, no obstante haber advertido del carácter extracomunitario de una de las partes, es el Reglamento 2019/111 quien puede dar la respuesta a la primera cuestión, en

función de los foros alternativos que prevé para la competencia y que abarcarían la petición de divorcio en España del padre. Así, el artículo tercero del reglamento contempla expresamente la competencia del tribunal de la última residencia del matrimonio en España con la siguiente redacción:

En los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

i) la residencia habitual de los cónyuges,

ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí,

iii) la residencia habitual del demandado,

iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,

v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

vi) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; o

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.

Son tantas las opciones que nos permiten afirmar la competencia del juzgado de España para acordar el divorcio en este precepto que, sin más comentario, procedemos a dar por contestada la pregunta, pues nos sirve la opción a), ii). Por consiguiente, el juzgado y la audiencia aciertan cuando solo dictan una sentencia que acuerda el divorcio. Téngase en cuenta que la demandada será emplazada en su país y podrá comparecer en el juicio, así como pedir las medidas que estime oportunas. La resolución solo podría o no pronunciarse sobre el divorcio, cuestión distinta es qué sucedería respecto de esas medidas que ambos pueden pedir y que en primera instancia, luego en apelación, no han obtenido respuesta. Eso es lo que vamos a ver a continuación.

B) ¿Son competentes para arbitrar algún tipo de medida de protección o de responsabilidad parental para el hijo?

Hemos visto que la competencia judicial internacional abarca la de los tribunales españoles para acordar el divorcio; pero la realidad nos dice que ese menor debe ser amparado con las medidas relativas a la responsabilidad parental adecuadas (residencia, guarda y custodia, etc.). La normativa básica de referencia la hallamos en el Reglamento (UE) 2019/1111 CE, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de reso-

luciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Por este reglamento se establecen normas uniformes de competencia sobre dicha responsabilidad parental. Lo primero que debemos aclarar cuando hablamos de responsabilidad parental es que no contempla los supuestos de obligaciones alimenticias; así pues, aquí solo daremos respuesta a la custodia y, en su caso, la residencia del menor que se halla en el extranjero. Si, por consiguiente, el padre insta una demanda de divorcio con medidas, de la aplicación del Reglamento 2019/1111 debemos excluir los alimentos, pues estos se hallan regulados en el Reglamento (CE) 4/2009 del CE.

Centrados en el Reglamento 2019/1111 CE, nos fijamos en el artículo 7, que nos indica el órgano judicial competente. Sin embargo, el primer problema que nos encontramos es que este precepto está previsto para cuando el menor reside en un Estado miembro, y, como hemos visto, el menor vive en uno extracomunitario. El precepto en cuestión dice así: «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional». El padre ha acudido a un juzgado español para pedir la guarda y custodia y por esta vía no puede.

Descartada esta posibilidad, podemos fijarnos en el artículo 9 del Reglamento 2019/1111, según el cual, para el supuesto del traslado ilícito de un menor al extranjero –es el caso– «los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro». Pero se dice «otro Estado miembro». Por tanto, tampoco se ampara en este precepto la posible competencia del juzgado o de la audiencia para acordar, además del divorcio, medidas de responsabilidad parental.

Como vimos al principio, la normativa que regula esta materia se halla contemplada en la LOPJ, bien a través de los tratados internacionales, bien por las normas de la Unión Europea, bien por las leyes españolas. Parece que por las normas europeas no pueden ser competentes los tribunales españoles. Bien es cierto que la residencia en un país extracomunitario vuelve a ser la razón, eliminando la posibilidad de que se aplique la extensión de la competencia a la responsabilidad prevista en el artículo 10. Según este precepto, los órganos jurisdiccionales españoles podrían ser competentes para decidir sobre la custodia del menor en el supuesto de que, por ejemplo, el padre tenga su residencia en España, como es el caso. La norma dice literalmente:

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que:
  - i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual;

- ii) dicho Estado miembro es la antigua residencia habitual del menor, o
- iii) el menor es nacional de dicho Estado miembro.

Destacamos que en este supuesto se dan los requisitos para la intervención; sin embargo, la audiencia no se ha pronunciado porque carece de competencia judicial por ser un Estado extracomunitario. El menor no reside en un estado de la UE.

Ahora bien, ¿podemos afirmar que los tribunales españoles no son competentes en todo caso en supuestos de esta naturaleza en los que el menor no residen en un Estado miembro de la UE? Veamos, una vez más hay que distinguir entre Estados miembros y tercero extracomunitario. Descartada la aplicación del Reglamento 2019/1111, solo nos queda acudir a otros tratados, en especial, el 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 medias de protección de los niños. No olvidemos tampoco que contamos con el artículo 22 quáter de la LOPJ en defecto de todos los criterios anteriores. Pero en defecto de la aplicación del Convenio de La Haya de 1996. Por consiguiente, la residencia en España es determinante.

El precitado convenio de La Haya tiene que haber sido ratificado por ese Estado extranjero para que sea aplicable a la responsabilidad parental. Y lo ha sido. Por ello, en principio, según dispone el artículo 5.º, «las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes». Por el precepto, parece que España no puede ser competente, sino el país de residencia habitual del menor. Si, por otro lado, nos fijamos en el artículo 7 parecería que España sí conservaría la competencia hasta el momento en que perdiera la residencia habitual en nuestro país («En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado»). Por tanto, hay un sinfín de normas y de excepciones a las normas que hace que coexista una casuística compleja. Incluso, a falta de aplicación del convenio citado, podríamos acudir a nuestra LOPJ, al artículo 22 quáter.

En definitiva, sin complicar más el asunto, habiendo ratificado el Convenio de La Haya de 1996, no obstante el desplazamiento del menor a un Estado extranjero, los tribunales españoles, por aplicación del artículo 5.º son competentes para adoptar medidas de responsabilidad parental, pero entendiendo que el desplazamiento se ha producido sin consentimiento del padre desde un país (España) donde el menor residía habitualmente.

C) ¿Son competentes para acordar la pensión de alimentos? ¿En caso de serlo, puede fijarse por un porcentaje de ingresos mensuales?

Con la primera pregunta hemos dado respuesta a la competencia para acordar el divorcio; con la segunda le decimos a la audiencia que, dada la casuística y la dispersión norma-

tiva, es factible que pudiera dar respuesta también a la responsabilidad parental, acordando custodia y visitas. Ahora nos queda por responder a la cuestión relativa a los alimentos que, como ya se ha advertido, no pueden ser atendidos bajo el concepto de responsabilidad parental. Tienen un camino legal distinto.

Ninguna de las normas citadas anteriormente nos sirve para aclarar esta cuestión. Dado que el menor se halla en el extranjero, la normativa más específica es la contenida en el Reglamento (CE) 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; así como en el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

Con carácter previo, si el padre (o la madre) pide la custodia y los alimentos, concedida aquella, los alimentos deben fijarse respetando los principios de necesidad y proporcionalidad y con un criterio de motivación reforzada. Ni que decir tiene que, con una madre y un hijo en el extranjero, la prueba de los ingresos será difícil; pero no cabrán pensiones simbólicas por porcentajes. Y esto es lo primero que procede decir: la audiencia (o el juzgado competente para fijar alimentos) no puede acudir al sistema de determinar una pensión por porcentajes, pues, según se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 2/2024, de 15 de enero de 2024 (NormaCEF NCJ067071), «el desconocimiento de aquella capacidad económica del demandado, debida a su propia conducta elusiva de sus deberes paternofiliales, no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente ex art. 142 CC». Por tanto, antes de saber si los tribunales españoles son competentes para establecer una pensión de alimentos, para el caso de que lo sean, deberán fijar una cantidad concreta de dinero a cargo del obligado/a, porque así se infiere de la sentencia citada, del artículo 93 del CC cuando dice: «en todo caso», y de artículo 39 de la CE sobre el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos. Finalmente, la STC sigue diciendo, en relación con la motivación reforzada y el interés del menor: «El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia».

Sobre el principio de motivación reforzada, el Tribunal Constitucional tiene dicho:

«Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial». Así, por ejemplo, hemos declarado en la STC 138/2014, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ058722), FJ 3, que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional

en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales». Se trata, por tanto, como indica el fundamento jurídico 5 de la misma sentencia, de un canon «reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art 39 CE»; de modo que la fundamentación judicial «debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir».

Finalmente, abarcamos el problema de la competencia de los tribunales españoles para acordar una pensión de alimentos en este caso. (Recordamos: el menor reside en el extranjero en un país extracomunitario).

El Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, tiene un artículo, el 3.º, que confiere, una vez más, la competencia en función de la residencia del acreedor (3.b) o del demandado (3.a). Pero el que nos interesa es el artículo 3.d: «El órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes». Aquí la ley del foro es la española y la pensión de alimentos es accesoria de la responsabilidad parental.

Por otro lado, también existe un Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia que, de haber sido ratificado por los dos países (esto no lo dice el caso), permite su aplicación en España; pero bien es cierto que aquí nos referimos a la cooperación «entre los Estados en materia de cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia», no a la fijación en sentido estricto de una pensión de alimentos. Pero ya hemos aclarado que por la ley del foro los tribunales españoles pueden ser competentes. Ahora simplemente puntualizaremos sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias para que el juez, en este caso, pueda acordar una cantidad líquida proporcional a las necesidades y posibilidades.

El Reglamento (CE) 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, prevé que la ley aplicable en estos casos se determina conforme al Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre obligaciones alimenticias. Y el protocolo de este convenio, en su artículo 4.3 nos dice: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. Sin embargo, se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si este no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro». Por consiguiente, la ley de España podría aplicarse, dado el supuesto y la imposibilidad en su caso de obtenerlos por la ley del foro de la residencia en el extranjero. El padre ha reclamado alimentos en España y, de no ser posible en el extranjero, nada impide aplicar nuestra ley. Al final, la determinación de la cuantía requerirá de un juicio de proporcionalidad y de asumir los criterios jurisprudenciales de nuestros tribunales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 39.
- Código Civil, arts. 93 y 142.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 22 quáter.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 769.
- Reglamento 4/2009 del Consejo (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos), art. 3.
- Reglamento 2019/111 (competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores), arts. 3, 7, 9 y 10.
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores), arts. 5 y 7.
- SSTS núm. 165/2014, 28 de marzo de 2014 (NormaCEF NCJ058729); 740/2014, de 16 de diciembre (NormaCEF NCJ059141), y de 2 de marzo y 22 de julio de 2015.
- ATS de 29 de marzo de 2023.
- SSTC 176/2008, de 22 de diciembre (NormaCEF NCJ047653); 127/2013, de 3 de junio (NormaCEF NCJ058044); 138/2014, de 8 de septiembre (NormaCEF NCJ058722); 16/2016, de 1 de febrero (NormaCEF NCJ060894); 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273).
- SSTJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07 (NormaCEF NCJ048676); 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU (NormaCEF NCJ053874); 8 de junio de 2017, C -111/17 PPU (NormaCEF NCJ062543); 28 de junio de 2018, C-512/17, y 14 de julio de 2022, C-572/2021.