



Roj: **STS 4133/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4133**

Id Cendoj: **28079110012024101032**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2024**

Nº de Recurso: **4746/2023**

Nº de Resolución: **979/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 22ª, 13-02-2023 (rec. 796/2022),
STS 4133/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 979/2024

Fecha de sentencia: 10/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4746/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/06/2024

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 22.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4746/2023

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 979/2024

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 10 de julio de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Anibal , representado por la procuradora D.ª Angustias del Barrio León y bajo la dirección letrada de D. Vicente Javier García Linares, contra la sentencia n.º 123/2023, de 13 de febrero, dictada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 796/2022, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 636/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª Diana , representada por la procuradora D.ª Cristina Gramage López y bajo la dirección letrada de D. Carlos Hugo Villegas Caballero. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Anibal interpuso demanda de divorcio contra D.ª Diana , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"se decrete el divorcio de los mismos, procediendo a la inscripción del divorcio en el Registro Civil, y con todo lo demás procedente en derecho".

2. En el "OTROSI DIGO" la parte solicita se proceda a adoptar las siguientes:

"MEDIDAS DERIVADAS DEL DIVORCIO:

"USO DEL DOMICILIO CONYUGAL.- El inmueble en el que actualmente reside el matrimonio, sito en Madrid, DIRECCION000 , fue adquirido por mi representado varios años antes de casarse, teniendo carácter privativo del mismo.

"Como quiera que el mismo no tiene carácter ganancial, y teniendo en cuenta la desaparición de la esposa, que seguramente ha regresado a su país de origen, procede adjudicar su uso a mi representado.

"PATRIA POTESTAD.- La patria potestad del menor debe ser temporalmente suspendida a la madre y adjudicada plenamente a mi representado al haberse marchado del domicilio, llevándose al menor consigo, impidiendo al padre que pueda tener contacto con su hijo, e incluso cabe la posibilidad de que se lo haya llevado al extranjero.

"Ante ello procede su adjudicación en exclusiva a mi representado, dada dicha actuación contraria a los intereses del menor que deben ser los primeramente garantizados.

"GUARDA, CUSTODIA, RÉGIMEN DE VISITAS.- Dada la situación de la desaparición del hijo menor por parte de la madre, siendo posible que la misma haya viajado al extranjero con el mismo y sin autorización del padre, debe adjudicarse la guarda y custodia del mismo a mi cliente.

"Asimismo, de momento no procede establecer ningún tipo de visitas en relación a la madre, dada la situación en la que ahora mismo se encuentra.

"En todo caso una vez habido el hijo del matrimonio, y teniendo la custodia mi representado debe fijarse un régimen de visitas a través de un punto de encuentro, supervisadas para evitar que la misma pueda llevarse al menor sin el consentimiento del otro progenitor.

"ALIMENTOS PARA EL HIJO.- Ambas partes acuerdan que, en concepto de alimentos para el hijo de la pareja la madre deberá abonar la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150,00 €), al mes, que hará efectivos por meses anticipados, durante los días 1 al 5 de cada mes, mediante transferencia o ingreso en la cuenta corriente que el padre designe.

"Esta pensión será satisfecha por la madre hasta que su hijo alcance la independencia económica, o en su defecto hasta que cumpla los veinticinco años de edad.

"La anterior pensión alimentaria será objeto de revisión cada año, con efectos de 1 de enero, a tenor del incremento del coste de la vida según los índices generales que publica el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

"Igualmente ambos progenitores quedan obligados cada uno de ellos al pago del cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios de carácter sanitario no cubiertos por la Seguridad Social, educativos o de formación, que puedan originarse a favor del hijo, y que sean necesarios o convenientes para su salud o formación.

"PENSION COMPENSATORIA.- No procede el establecimiento de la misma ya que ambas partes poseen ingresos propios para subvenir sus necesidades, ya que la Sra. Diana obtiene ingresos propios de actividades

que la misma tiene en su país de origen y que pese a haber fijado su residencia en España durante el matrimonio, siguió desarrollando a través de internet y obteniendo medios económicos por ello para subvenir sus necesidades".

En el "TERCER OTROSI DIGO" solicitó la adopción de medidas provisionales.

3. La demanda fue presentada el 27 de octubre de 2020 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, fue registrada con el n.º 636/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

4. D.ª Diana contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"dicte resolución por la que se decrete la disolución del matrimonio entre D. Anibal y D.ª Diana por divorcio, desestimando íntegramente las medidas respecto del menor solicitadas por la parte demandante, al haber sido adoptadas con anterioridad por un Tribunal bielorruso.

"Subsidiariamente y para el hipotético caso de que se entre a valorar las medidas relativas al menor, se solicita que se adopten las siguientes:

"PATRIA POTESTAD: Deberá ostentarla en exclusiva la madre.

"GUARDA Y CUSTODIA: Deberá ser para la progenitora, pues es con quien convive el menor y es ella quien siempre se ha ocupado de su hijo desde su nacimiento.

"RÉGIMEN DE VISITAS: De momento, no procede establecer un régimen de visitas en favor del progenitor, habida cuenta de la distancia que existe entre España y Bielorrusia, a lo que hay que añadir que el menor no habla nada de español y no ha tenido casi contacto con el progenitor.

"PENSIÓN DE ALIMENTOS: Procede acordar una pensión de alimentos de CIENTO CINCUENTA EUROS (150,00 €), actualizables anualmente conforme al IPC, que deberá abonar el progenitor a la cuenta que designe la progenitora, sin perjuicio de solicitar una cuantía superior, a la vista de la información económica, patrimonial y laboral del demandante que pueda arrojar el Punto Neutro Judicial. Los gastos extraordinarios deberán ser sufragados al 50 %".

5. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

6. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2022, con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Del Barrio León en representación de Don Anibal contra Doña Diana, declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído por los cónyuges litigantes con los efectos legales inherentes a tal declaración.

"Se desestiman las restantes pretensiones formuladas por lo razonado en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

"Sin costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Anibal.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 796/2022 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 13 de febrero, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Anibal, contra la sentencia dictada en fecha 23 de mayo de 2022, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, en autos de divorcio registrado con el n.º 636/20, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mentada resolución.

"Sin expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. D. Anibal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Se funda en un único motivo impugnatorio, de conformidad con el ordinal tercero del apartado 4 del artículo 469 de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución en concreto la tutela judicial efectiva prevenida en el artículo 24.1 al haber vulnerado la sentencia recurrida el artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española".



El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del art. 103.1.ª del Código Civil".

2. Remitidas las actuaciones a esta sala por la Audiencia Provincial, las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó providencia de fecha 15 de noviembre de 2023, poniendo de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión. La parte recurrida y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de alegaciones.

3. El 13 de marzo de 2024, se dictó auto de admisión, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D. Anibal contra la sentencia dictada con fecha de 13 de febrero de 2023 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 796/2022, dimanante del juicio de divorcio n. 636/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 28 de Madrid".

4. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5. Por providencia de 10 de mayo de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de junio de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un procedimiento de divorcio promovido por el esposo y en el que acumuló la solicitud de medidas respecto del hijo menor del matrimonio, el juzgado decretó el divorcio y, en atención a que el hijo no reside en España y la ausencia de datos para establecer un régimen de custodia, no fijó ninguna medida. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial.

La sala declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, estima los recursos interpuestos por el padre, casa la sentencia recurrida y se pronuncia sobre las medidas de protección del hijo de los litigantes.

Son hechos declarados probados en la instancia o no discutidos los siguientes.

1. Anibal y Diana contrajeron matrimonio el 3 de diciembre de 2017 en DIRECCION001 (Bielorrusia). El matrimonio fue inscrito en el Registro Consular Civil de España.

El NUM000 de 2018 nació Julio, hijo del matrimonio.

El 11 de julio de 2020, el Sr. Anibal comparece en una comisaría de policía y firma un permiso-autorización de viaje fuera del territorio nacional por el que autoriza el viaje de Julio con la Sra. Diana a DIRECCION001 hasta el 18 de septiembre de 2020.

El 27 de septiembre de 2020, la Sra. Diana denunció al Sr. Anibal por episodios de violencia de género. Por auto del Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º 2, 1021/2020, de 29 de septiembre, se resuelve no haber lugar a la orden de protección solicitada. Recurrido en apelación, por auto 1846/2020, de 12 de noviembre, se desestima por la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 26ª.

Existe, asimismo, un auto de 5 de abril de 2022, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Madrid, dictado en un juicio sobre delitos leves iniciado por denuncia de la Sra. Diana contra el Sr. Anibal que ordena el archivo por prescripción por haberse suspendido el juicio al encontrarse en paradero desconocido la denunciante, y no haberse realizado ninguna diligencia procedimental en más de un año.

El 2 de octubre de 2020, el Sr. Anibal insta un procedimiento de medidas urgentes pidiendo la medida cautelar de prohibición de salida del territorio nacional. El Juzgado n.º 28 de Madrid dicta auto 356/2020, de 27 de noviembre, de prohibición de salida del territorio nacional de la Sra. Diana con Julio.

El 9 de octubre de 2020, el Sr. Anibal interpone denuncia penal que da lugar a las diligencias penales 1780/2020 del Juzgado de Instrucción n.º 51 de Madrid. Solicita, asimismo, la búsqueda de su hijo menor. Se dicta el auto de 13 de noviembre de 2020 por el que se acuerda la búsqueda y detención de Diana.



2. El 27 de octubre de 2020, el Sr. Anibal insta el procedimiento de divorcio con solicitud de medidas provisionales en el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid. Solicita las siguientes medidas: a) Custodia exclusiva; b) Alimentos de 150 euros a cargo de la madre y contribución de ambos en un 50% a los gastos extraordinarios; c) Suspensión de la patria potestad de la madre. c) Ningún régimen de visitas ordinarias, pero sí en el Punto de Encuentro ante la previsión de fuga de la Sra. Diana con Julio .

La Sra. Diana ya se había ido con el niño a DIRECCION001 (Bielorrusia). Según el Sr. Anibal , el 1 de octubre ya no estaban en el domicilio familiar de Madrid.

En su demanda el Sr. Anibal defiende la falsedad de las denuncias presentadas por la demandada e invoca la denegación de la orden de protección solicitada, argumentando que se debe suspender la patria potestad de la madre por haberse llevado al niño posiblemente al extranjero.

3. En el procedimiento de divorcio, a la Sra. Diana se la emplaza en DIRECCION001 por solicitud de cooperación jurídica internacional dictada por el Juzgado de Familia n.º 28 el 8 de marzo de 2021.

En su contestación a la demanda de divorcio, la Sra. Diana manifestó su voluntad de divorciarse del Sr. Anibal , pero se opuso a las medidas respecto del niño argumentando que lo interesado ya había sido decidido y que ella tenía atribuida la guarda y custodia puesto que se había determinado que el niño residía con ella. A estos efectos aportaba dos sentencias del Tribunal del Distrito de Moskovsky de DIRECCION001 .

Una sentencia de fecha 29 de abril de 2021, que con cita de los arts. 3, 4, 12, 13 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, desestima la demanda del Sr. Anibal de retorno del hijo a España. La sentencia anula las medidas de seguridad adoptadas el 7 de abril de 2021 por las que se restringía la salida del del país y se prohibía a la madre cambiar el lugar de residencia del niño. Esta resolución no fue recurrida. Una sentencia de fecha 9 de junio de 2021, dictada a instancias de la Sra. Diana , que solicitaba que se declarase que la residencia del niño es el lugar de residencia de su madre y que se prohibiera la salida del niño en compañía del padre sin autorización de la madre hasta que fuera mayor de edad. La sentencia determina que la residencia del menor está en el lugar de residencia de la madre y remite a un procedimiento diferente lo relativo a la salida del menor con autorización de la madre. El padre no se personó en este procedimiento ni apeló la sentencia.

En su contestación a la demanda, para el caso de que el tribunal se pronunciara sobre las medidas referidas al menor, la Sra. Diana solicita la atribución en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, sin visitas del padre en atención a la distancia, la edad del menor, y que no habla español. Solicita igualmente el pago de pensión a cargo del padre de 150 euros mensuales.

Alega que se casaron en DIRECCION001 , el hijo común nació allí, y a los pocos meses vinieron a vivir a España. Sin embargo, cuando llegó la pandemia, ella se encontraba en DIRECCION001 , junto a su hijo, y allí pasó todos esos meses. Alega que regresó a España en junio de 2020 y tuvo que presentar una denuncia frente al demandante por lesiones y maltrato continuado, además de por unos malos tratos al menor. Argumenta que el procedimiento fue archivado por la no comparecencia ante el temor de que su marido pudiera hacerle algún daño a ella o a su hijo, y que decidió marcharse a su país, pues no contaba con ningún apoyo en España y no tenía familia aquí que le pudiera ayudar. Concluyó que lo cierto es que el menor ha vivido la mayor parte de su vida en Bielorrusia, que no habla español y ha visto al progenitor en contadas ocasiones, por lo que no tiene ningún apego a España ni a su padre. Tiene una hermana mayor, fruto de una relación anterior de la demandada, con la que vive y mantiene una excelente relación.

4. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid n.º 28 acuerda el divorcio, pero no establece ninguna medida en relación con el hijo con el argumento de que, al no residir en España, se desconoce que régimen de custodia es más beneficioso para él.

5. El Sr. Anibal interpone recurso de apelación. Argumenta que las medidas de protección del menor, conforme a los arts. 93 y 94 CC son imperativas y que deben adoptarse respecto de un menor español aunque resida en el extranjero, sin que el juez pueda inhibirse, debiendo adoptar las propuestas por alguna de las partes, ya que ambos las han solicitado. Considera que las medidas respecto del menor son más necesarias en este caso por cuanto fue sacado ilegalmente del país.

6. La Sra. Diana se opuso al recurso argumentando que las medidas referidas al menor ya habían sido adoptadas de conformidad con la Conferencia de La Haya, de la que Bielorrusia y España son parte, debiendo estarse a lo decidido por el tribunal de Bielorrusia, que rechazó que existiera sustracción internacional y rechazó que el niño volviera a España, y las razones que se tuvieron en cuenta para ello desaconsejan las medidas solicitadas en atención al interés del menor. Solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia porque las medidas que ella solicitó se pidieron solo de manera subsidiaria, para el caso de que no se mantuvieran las ya adoptadas.



7. El Ministerio fiscal se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la sentencia del juzgado argumentando que no es que el juzgado se niegue a adoptar medidas, sino que las pruebas no esclarecen las que deben adoptarse, pues el niño reside en Ucrania (sic). Añadió que España y Ucrania (sic) han firmado el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, y como Ucrania no es parte de la Unión Europea, no es aplicable Reglamento 220/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, pero sí es de tener en cuenta el art. 5 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, conforme al cual, "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".

8. La sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dicta sentencia desestimatoria del recurso de apelación con el argumento de que, al residir Julio en DIRECCION001 desde hace años con su madre, no cuenta con datos de cómo se encuentra, y el conocimiento de las circunstancias que le rodean es materia propia de las autoridades del lugar en que reside por evidentes razones de proximidad, en donde se podrá hacer un enjuiciamiento exhaustivo que no cabe en este caso, en donde se omiten todo tipo de circunstancias que deben entrar a valorarse.

SEGUNDO.- El Sr. Anibal interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en un único motivo, al amparo del ordinal tercero del apartado 4 del artículo 469 de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, en concreto la tutela judicial efectiva, al haber vulnerado la sentencia recurrida el art. 39.2 y 3 CE. En su desarrollo argumenta, en síntesis, que se trata de un menor español que debe ser protegido conforme a los arts. 24 y 39 CE, que fue sacado ilegalmente de España y que los jueces españoles están obligados a su protección.

El motivo único del recurso de casación, al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia la vulneración del art. 103.1.ª CC, al no aplicar el juez español las medidas procedentes sobre guarda y custodia del niño.

El recurrente termina solicitando que, con estimación de los recursos, se acuerden las medidas necesarias sobre la patria potestad y la guarda de Julio .

2. La Sra. Diana se ha opuesto al recurso argumentando, en síntesis, que de acuerdo con los convenios internacionales debe estarse a lo decidido por los tribunales bielorrusos, que tuvieron a la vista y examinaron a las partes, evaluando la situación del menor y determinaron que su residencia era la de la madre.

3. El Ministerio Fiscal propone la estimación de los recursos porque el traslado fue consecuencia de una decisión unilateral de la madre, soslayando que las decisiones deben ser adoptadas conjuntamente por los padres.

Considera que, dado que la protección jurídica del menor es un principio de orden público, la sentencia genera indefensión porque con su sucinta motivación no da respuesta a la comunicación entre el hijo y el padre que, aun no pedida expresamente, es perfectamente apreciable de oficio, dados los términos de los arts. 39 CE y 103 CC. Concluye que lo procedente, en interés del menor, es la adopción de un sistema de comunicaciones y visitas que consistirían en una semana de vacaciones en el mes de agosto (sin pernocta), con desplazamiento del padre a DIRECCION001 , y comunicaciones telefónicas, o por cualquier otro medio (skype, WhatsApp, zoom, ...), de una hora, dos días a la semana, en una franja horaria de la tarde que no afecte al normal desenvolvimiento de la actividad del menor: escolar, social, familiar, etc.; un fin de semana al mes de sábado a domingo (sin pernocta) en la misma ciudad de DIRECCION001 (Bielorrusia), régimen que se desarrollará de manera progresiva y que, en función de los informes que se reciban, podrá variarse en ejecución de sentencia. Y siempre bajo el control del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, y con advertencia de adoptar multas coercitivas sobre la madre en caso de incumplimiento injustificado.

TERCERO.- Ninguna de las partes ha cuestionado en ninguna de las instancias la falta de competencia de los tribunales españoles para decidir sobre las medidas solicitadas por el demandante ahora recurrente, y si la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, no se ha pronunciado ha sido porque considera que no dispone de suficientes datos.

1. Los criterios de competencia judicial internacional fijan la aptitud de los órganos de un Estado para conocer de la controversia suscitada por la situación privada internacional. La competencia judicial internacional es un presupuesto del proceso. La competencia judicial internacional debe ser examinada de oficio (art. 38 LEC; sentencia 624/2017, de 21 de noviembre), por lo que esta es la primera cuestión que vamos a abordar.



La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determina por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte (art. 36 LEC). Los criterios de la Ley Orgánica del Poder Judicial se aplican de forma residual, pues conforme al art. 21.1 LOPJ, los tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. Debemos partir de que España, miembro de la Unión Europea, ha ratificado tanto el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores como el 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.

Bielorrusia, que no es miembro de la Unión Europea, ha ratificado el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, pero no el 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, tal como resulta de la consulta de la página de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ().

3. Lo que solicita el demandante ahora recurrente es que se establezca un régimen de custodia, visitas y alimentos en relación con el hijo común, Julio , nacido el NUM000 de 2018.

Para determinar la competencia judicial para la atribución y ejercicio de la responsabilidad parental del hijo de los litigantes debemos partir del Reglamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 1.1.b., en particular, al derecho de custodia y visitas, arts. 1.2 y 2.7) (en adelante, Reglamento 2201/2003). Sobre su ámbito de aplicación, el art. 2.7 del Reglamento 2201/2003 entiende por responsabilidad parental, "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita".

El Reglamento 2201/2003 queda derogado por el Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores, a partir del 1 de agosto de 2022. Puesto que en el caso la demanda se interpuso con anterioridad, el 20 de agosto de 2020, debemos estar al Reglamento 2201/2003.

Por lo que se refiere a los alimentos, adelantamos ya que las obligaciones de alimentos no estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003. Como dice el Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (C-759/18), el concepto de "responsabilidad parental", a efectos del Reglamento 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que abarca las decisiones relativas, en particular, al derecho de custodia y a la residencia del hijo menor de edad, pero no incluye la contribución de los padres a los gastos de manutención y educación del hijo, contribución que está comprendida en el concepto de "obligación de alimentos" y entra dentro del ámbito de aplicación 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 (en adelante, Reglamento 4/2009).

Pero, con arreglo al art. 3.d) del Reglamento 4/2009, los órganos jurisdiccionales competentes para resolver en materia de alimentos son los órganos competentes para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental en virtud del Reglamento 2201/2003 cuando la demanda de alimentos sea accesoria de esa acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

4. Debemos señalar, frente a lo que sugieren los argumentos del padre recurrente, que el hecho de que los arts. 93 y 94 CC ordenen al juez del divorcio establecer medidas sobre alimentos o guarda y custodia no son fundamento para que un tribunal español que sea competente para el divorcio deba pronunciarse sobre las medidas referidas a los menores.

En este caso, los tribunales españoles son competentes para el divorcio de los litigantes conforme al amplio elenco de foros alternativos previstos en el art. 3 del Reglamento 2201/2003. El art. 3 del Reglamento precisa que serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o 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.

Pero para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, el art. 8 del parte del Reglamento 2201/2003 establece como competencia general el lugar de residencia habitual del menor en un Estado miembro, con las excepciones previstas en los artículos siguientes para los casos de modificación de visitas, prórroga de la competencia, o el desplazamiento competencia basada en la presencia del menor, así como la posibilidad de remisión a otro Estado miembro mejor situado e, frente a lo que sostiene para conocer del asunto. Es irrelevante la nacionalidad que ostente el menor y el país de su nacimiento (STJUE 15 febrero 2017, C-499/15).

Los tribunales españoles pueden ser competentes para el divorcio y no serlo para la responsabilidad parental. Como se dice en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de enero de 2018--PM (C-604/17):

"El Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del referido Reglamento, en una demanda de divorcio entre dos cónyuges que tienen la nacionalidad de dicho Estado miembro no es competente para pronunciarse sobre los derechos de custodia y visita respecto de un hijo de ambos cónyuges si este reside habitualmente en otro Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante aquel órgano jurisdiccional y no se cumplen los requisitos exigidos para conferir esa competencia a dicho órgano jurisdiccional en virtud del artículo 12 del citado Reglamento, teniendo en cuenta, además, que de las circunstancias del asunto principal tampoco se infiere que tal competencia pudiera fundarse en los artículos 9, 10 o 15 del mismo Reglamento. Por otro lado, ese órgano jurisdiccional no cumple los requisitos establecidos en el artículo 3, letra d), del Reglamento n.º 4/2009 del Consejo, 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, para conocer de la demanda relativa a la pensión alimenticia"

5. Por otra parte la madre recurrida, las sentencias que ha aportado del tribunal de Bielorrusia, no se refieren a la guarda y custodia de Julio, sino que dan respuesta a la petición del padre de reintegro del hijo a España (que se rechaza) y a la petición de la madre de que se declare que la residencia del niño está en Bielorrusia (que se estima). De acuerdo con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, las autoridades competentes para pronunciarse sobre el retorno del menor son las del Estado en el que se encuentra de hecho el menor, no los del Estado en el que se encontrara el menor con anterioridad (arts. 10 y 12 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980).

Como dijo (para el ámbito de la Unión Europea, pero el criterio es aplicable al caso), la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU), las resoluciones de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que desestiman en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores una demanda de restitución inmediata de un menor al territorio del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, y relativas a la responsabilidad parental respecto a ese menor, no afectan a las resoluciones que deban dictarse en ese otro Estado miembro sobre acciones relativas a la responsabilidad parental que se hayan ejercido anteriormente y estén aún pendientes.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores reconoce una acción de restitución del menor ilícitamente sustraído y trasladado a otro Estado, y es lo que decidió, para rechazar la restitución, el Tribunal del Distrito de Moskovsky de DIRECCION001. El propio Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, en su art. 16, distingue entre la acción de restitución y la decisión sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia.

6. El foro general de la residencia habitual del menor en un Estado miembro del que parte el art. 8 del Reglamento 2201/2003 puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un tercer Estado.

La STJUE de 14 de julio de 2022 (C-572/2021), con cita de la STJUE de 17 de octubre de 2018, UD (C.393/18 PPU), afirma:

"Por otra parte, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de octubre de 2018, UD (C-393/18 PPU, EU:C:2018:835), apartados 33 a 41, ni de los términos ni del sistema general del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 2201/2003 se desprende que haya de considerarse que el ámbito de aplicación de esta disposición se limite a litigios relativos a conflictos que impliquen relaciones entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros. Por el contrario, la norma de competencia general establecida en el artículo 8, apartado 1,

de ese Reglamento puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y los de un tercer Estado".

Y según el art. 61 del Reglamento 2201/2003:

"En las relaciones con el 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, el presente Reglamento se aplicará: a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio".

Es decir, si el niño afectado tiene su residencia habitual en un Estado miembro, las autoridades judiciales requeridas (los tribunales españoles en este caso) deben fundar su competencia en las normas del Reglamento 2201/2003. Si es aplicable el Reglamento 2201/2003, pero del mismo no resulta la competencia de las autoridades de ningún Estado miembro (ni de las españolas ni tampoco las de otro Estado miembro), los tribunales españoles deben aplicar sus propias normas de competencia (entre las que se encuentran las derivadas de los convenios internacionales, y en particular el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996) y, si de sus normas no resulta la competencia de los tribunales españoles, es aplicable el art. 22 quáter LOPJ.

Si el niño no tiene su residencia en un Estado miembro, para determinar la competencia de los tribunales españoles en relación con la responsabilidad parental hay que estar al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (STJUE de 14 de julio de 2022, C-572/2021, en un caso en el que el tercer Estado era parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996). Tanto el Reglamento 2201/2003 (art. 8) como el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (art. 5) parten de la competencia a los tribunales del lugar de la residencia habitual del niño, aunque existen diferencias ulteriores entre ambos instrumentos (por ejemplo, por lo que se refiere a la *perpetuatio fori* en los casos de cambio de residencia habitual del niño de forma lícita una vez iniciado el procedimiento, que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 no contempla).

Pero si el tercer Estado en el que reside el niño no es parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, los tribunales españoles, pueden ser competentes, tal como se desprende del art. 12.4 del Reglamento 2201/2003, que se refiere a la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.

7. El Reglamento 2201/2003 no define el concepto de residencia habitual, y existe una abundante jurisprudencia del TJUE que fija una serie de criterios que deben tener en cuenta los tribunales nacionales en atención a las circunstancias del caso concreto (STJUE de 1 de agosto de 2022, C-501/20; STJUE de 17 de octubre de 2018, C-393/18 PPU; STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/17; STJUE de 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU; STJUE de 15 de febrero de 2017, C-499/15; STJUE de 2 de abril de 2009, C-523/07; STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU; STJUE de 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU; STJUE de 28 de junio de 2018, C-512/17; STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, el concepto de residencia habitual es un concepto autónomo y propio del Reglamento para garantizar su aplicación uniforme en cuya precisión debe atenderse tanto al contexto como a la finalidad de la norma, que es proteger el interés superior del menor. Se trata de un concepto fáctico, el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, no una presencia ocasional, sin que la intención de los padres, que puede ser un indicio de traslado, en función de las circunstancias, sea decisiva ni permita considerar como residencia habitual de un menor un lugar en el que no ha llegado a estar. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.

Cuando el menor no está en edad escolar, las circunstancias de la persona o las personas de referencia con las que convive, las cuales tienen su custodia efectiva y lo cuidan a diario -por norma general, sus padres-, presentan una importancia particular para determinar el lugar en que está situado su centro de vida. En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que el entorno de tal menor es en esencia un entorno familiar, determinado por esa persona o personas, y que el menor comparte necesariamente el entorno social y familiar de la o las personas de las que depende.



8. En el caso que juzgamos consideramos que Julio no tenía su residencia habitual en España en el momento de la presentación de la demanda, que es el momento al que debe estarse para fijar qué órganos jurisdiccionales de un Estado miembro son competentes (arts. 8 y 16 del Reglamento 2201/2003).

En el caso, de las propias alegaciones del Sr. Anibal resulta que, cuando interpuso la demanda es muy probable que Julio (en ese momento de poco más de dos años) ya no estuviese en España. Ciertamente que esa circunstancia no sería decisiva, pues la demanda se puso inmediatamente y, de haber tenido residencia habitual en España con anterioridad, podría llegarse a la conclusión de que no había llegado a perderla todavía.

Sin embargo, si atendemos a las alegaciones de la madre, no desmentidas por el padre, resulta que desde su nacimiento, el niño, que no habla español, ha pasado más tiempo en Bielorrusia que en España (nació en DIRECCION001 en NUM000 de 2018 y en julio estaba con la madre en España, pero durante la pandemia la madre y el hijo estuvieron en Bielorrusia, y si bien en junio de ese año 2020 vinieron a España, en julio se volvieron a marchar a Bielorrusia para volver a España a finales de septiembre, y regresar a Bielorrusia a principios de octubre de 2020, antes de la presentación de la demanda). La madre, que es la que ha venido cuidando a Julio desde que nació, cuenta en Bielorrusia con apoyo socio familiar: según la sentencia del Tribunal del Distrito de Moskovsky de Minsk de fecha 29 de abril de 2021, aportada por el padre al procedimiento íntegramente traducida al español por el Ministerio de Justicia, tiene allí trabajo, y el padre ha alegado que ella mantuvo en DIRECCION001 negocios durante sus estancias en España, vive en DIRECCION001 con Julio y otra niña nacida de una unión anterior, en un piso de una hermana, al tener el piso de su propiedad alquilado.

Estos datos revelarían la integración en el entorno social y familiar de la madre en Bielorrusia, donde habría que situar, en la práctica, el centro de vida de Julio. Frente a ello no serían decisivas las alegaciones del padre en el sentido de que el niño fue tratado broncoespasmo en un hospital de Madrid por unas infecciones respiratorias, o de que asistió a una escuela infantil durante el curso 2019-2020 y en octubre de 2020 fue matriculado para el curso siguiente. En el historial clínico del niño aportado por el padre consta también que, frente a la detección de hipospadias prepucial en Julio, en julio de 2018 y en marzo de 2019, la madre refirió que prefería realizar el control en Bielorrusia, al igual que en relación con el tratamiento respiratorio se alude en enero de 2019 que había sido tratado "en su país". Y, por el contrario, en la mencionada sentencia del Tribunal del Distrito de Moskovsky de DIRECCION001 se alude a la atención médica dispensada al niño en enero de 2019 y en agosto de 2020. Tampoco sería decisivo para considerar que Julio tenía su residencia habitual en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003 se diera de alta en el padrón (al igual que la madre y la otra hija de la madre) en julio de 2018, ya que la constancia en un registro administrativo es un criterio meramente formal que, si no refleja una auténtica residencia habitual basada en la integración efectiva del niño en un lugar, por sí no determina la residencia habitual y, de hecho, el propio padre revela que la madre empadronó al niño en DIRECCION001 en julio de 2020 como revelador de su intención de no volver a España.

En definitiva, en una ponderación de conjunto de las circunstancias de hecho que son particulares de este caso, si asumimos lo referido acerca de los conocimientos lingüísticos de Julio, los desplazamientos entre uno y otro país, así como las relaciones familiares y sociales de su madre, que es la que lo ha venido cuidando desde que nació, debemos concluir que cuando el Sr. Anibal interpuso la demanda, Julio no tenía su residencia habitual en España en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003.

9. La competencia internacional de los tribunales españoles tampoco podría fundarse en el art. 10 del Reglamento 2201/2003, que en caso de sustracción ilícita del menor permite en ciertas condiciones conservar su competencia a las autoridades del Estado miembro en el que el menor tenía antes su residencia. El precepto permite que las autoridades de la residencia habitual del menor antes del traslado o retención sigan manteniendo la competencia judicial internacional para decidir sobre cualquier cuestión referida a la responsabilidad parental, lo que determinaría también que tuvieran la última palabra en lo relacionado con la restitución del menor en caso de que el Estado miembro de retención o traslado se opusiera a la misma.

El TJUE ha interpretado que el art. 10 atribuye la competencia al Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícita en otro Estado miembro, y ha excluido la aplicación del art. 10 a los casos en los que el menor hubiera sido trasladado o retenido en un Estado no miembro (STJUE de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU). Todo ello con independencia de que partimos, además, de que, en este caso el niño no tenía su residencia habitual en España en el sentido del art. 8 del Reglamento 2201/2003 en el momento de presentar la demanda, y que aun de haberla tenido, desde el momento en que las autoridades competentes declararon que no procedía la restitución a España, conforme al Convenio de La Haya el 25 de octubre de 1980.

10. Con todo, hay otro criterio que permite afirmar la competencia internacional de los tribunales españoles porque, aunque en principio se estima que la competencia de los tribunales del Estado miembro de residencia



habitual del menor son los que están mejor situados para decidir las cuestiones relativas a su protección, si se cumplen una serie de condiciones, el tribunal competente para conocer del divorcio puede ser competente para conocer de las pretensiones relativas a la responsabilidad parental por considerar que puede ser adecuado y conforme al interés del menor

Según el considerando 12 del Reglamento 2201/2003:

"Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental".

Y según el art.12 del mismo Reglamento 2201/2003:

"Artículo 12. Prórroga de la competencia

"1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

"a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y

"b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

"2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

"a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

"b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental, o

"c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

"3. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:

"a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y

"b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor.

"4. 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".

En realidad, el art. 12 del Reglamento 2201/2003 contiene varios supuestos. Por lo que aquí interesa, puesto que las medidas solicitadas se interesan en un procedimiento de divorcio de los padres, para que el juez del divorcio tenga competencia en materia de responsabilidad parental es necesario que al menos uno de los cónyuges ejerza tal responsabilidad sobre el menor y que la competencia sea aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

En el caso que juzgamos la responsabilidad parental viene siendo ejercida por la madre demandada y esta, al contestar a la demanda interpuesta por el padre, no se opuso a la adopción de las medidas solicitadas por el demandante por entender que los tribunales españoles no tuvieran competencia, sino porque consideró que la denegación de restitución del niño equivalía a atribuirle la guarda y custodia y, de hecho, para el caso de que no se entendiera así, ella mismo propuso que se adoptaran medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia exclusiva la madre, con obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre y



sin derecho de visitas. De todo ello podemos deducir que, de forma inequívoca, las partes aceptaron con su comportamiento la competencia del tribunal que iba a conocer del divorcio.

A lo anterior debemos añadir que, de acuerdo con la STJUE de 19 de abril de 2018 (C-565/16) procede considerar que un fiscal que, según el Derecho nacional, tiene la condición de parte procesal en acciones como la del litigio principal y representa el interés del menor, constituye una parte a efectos del art. 12 del Reglamento 2201/2003. Esta doctrina del TJUE es relevante porque en el caso que juzgamos, el Ministerio Fiscal, si bien considera que los recursos interpuestos son técnicamente defectuosos, no solo no se ha opuesto a la competencia de los tribunales españoles sino que, en interés del menor, solicita la adopción de un régimen de visitas, lo que forma parte de las medidas de protección del menor.

Por lo que se refiere al interés del menor como requisito que exige al tribunal que verifique la oportunidad de su competencia debemos tener en cuenta, de una parte, la presunción que resulta del apartado 4 del art. 12 transcrito del Reglamento 2201/2003, que no vemos razón para que no sea tomada en consideración también en relación con los apartados 1 y 2 del precepto en un caso en el que, como ya hemos dicho, el niño tiene su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no es parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996.

Es cierto que la residencia del niño fuera de España comporta dificultades, y que la regla general del foro derivado de su residencia habitual, en cuanto criterio de proximidad, facilita la adopción de un sistema de medidas de protección. En este caso, sin embargo, concurriendo los requisitos del art. 12 del Reglamento 2201/2003 no se ha invocado por las partes, incluido el Ministerio Fiscal, que tiene el deber de velar por el interés del menor, ninguna razón por la que un pronunciamiento sobre las medidas solicitadas de manera principal por el padre y de manera subsidiaria por la madre en el proceso de divorcio podría resultar perjudicial para el menor.

CUARTO.- Partiendo, de acuerdo con lo que se acaba de exponer, de la competencia de los tribunales españoles, procede estimar de manera conjunta los recursos planteados por el recurrente, casar la sentencia y, al asumir la instancia, pronunciarnos sobre las medidas referidas al hijo de los litigantes.

QUINTO.- En Derecho internacional privado español, la ley aplicable a las medidas de protección de menores se determina conforme al relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, con carácter *erga omnes* (cuyo art. 20 establece que las disposiciones del capítulo sobre ley aplicable se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante). Desde la reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, el art. 9.6 CC establece que la ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996.

Conforme al art. 15.1 del Convenio de La Haya el 19 de octubre de 1996, las autoridades de los Estados contratantes que se declaren competentes aplican su propia ley, es decir, se aplica la ley del foro. El art. 15.2 contiene además una cláusula de excepción que, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, permite aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

En el caso que juzgamos, en el que la competencia de los tribunales españoles resulta, de acuerdo con lo explicado, de la acumulación de la solicitud de medidas al proceso de divorcio, la sala va a aplicar el derecho del foro. Ello por cuanto resulta ventajoso para la decisión del asunto la simplificación que resulta de la regla general que consigue la unión entre el foro y la ley aplicable, evitando la aplicación de una ley extranjera sobre la que las partes no han realizado alegación alguna, y sin que conste ningún dato que permita considerar preciso hacer uso de la regla excepcional prevista en el art. 15.2.

En consecuencia, vamos a aplicar la ley del foro, la española, que es coincidente con la nacionalidad del padre y del niño y con la residencia habitual del padre.

SEXTO.- La doctrina de esta sala al pronunciarse sobre el sistema de guarda y custodia de los hijos menores clara al reiterar que todas las decisiones deben fundamentarse en el interés y beneficio de los niños. Y como advierte el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, "ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

Pues bien, en este caso, la sala considera que el mejor interés de Julio queda salvaguardado con la situación de custodia exclusiva de la madre, que lo ha cuidado dese que nació y de la que no se ha separado.



En el caso, cada uno de los litigantes ha interesado la guarda y custodia para sí de Julio . En atención al interés del niño, criterio prioritario y guía de toda decisión relativa a menores, y de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia de esta sala, acordamos atribuir la guarda y custodia exclusiva a la madre dadas las concretas circunstancias que concurren en este caso.

Estas circunstancias son las siguientes: los padres viven en lugares muy alejados (el padre en Madrid, la madre con el niño en DIRECCION001 , Bielorrusia), lo que determina que la custodia deba ser asumida exclusivamente por uno solo de los progenitores y que deba descartarse un sistema de custodia compartida; consta que Julio , nacido el NUM000 de 2018, ha permanecido desde su nacimiento bajo el cuidado de su madre, en algunas temporadas, antes incluso de la ruptura de la pareja, ambos vivieron en DIRECCION001 mientras el padre vivía en Madrid; la petición del padre de que se le atribuya a él la guarda del menor se basa exclusivamente en el reproche que hace a la madre de haberse llevado al niño a Bielorrusia sin su consentimiento, pero ni podemos prescindir de que las autoridades competentes conforme al Convenio de la Haya de 1980 rechazaron la petición del padre de retorno, ni se alcanza a comprender por qué quedaría mejor protegido el interés del niño, que apenas ha tenido relación con el padre y no habla español, si pasara de la situación de guarda y custodia exclusiva de la madre, con la que ha vivido desde que nació, pasando mucho tiempo en Bielorrusia, donde tiene su residencia habitual, a una custodia exclusiva del padre, que reside en España. Sobre todo ello el demandante recurrente no ha ofrecido ningún argumento.

SÉPTIMO.- El padre solicitó la custodia pero no solicitó un derecho de visitas para el caso de que se acordara la custodia materna, y la madre, al solicitar la custodia para sí, solicitó que no se establecieran visitas con el padre. Ha sido el Ministerio Fiscal quien, por entender que en interés del menor procede acordar un sistema de estancias, comunicaciones y visitas, tal como se ha recogido en los antecedentes de esta sentencia por entender que, si bien no se solicitaron, forman parte de las medidas que deben acordarse en beneficio e interés del menor consagrado por los textos internacionales, por la Constitución española (art. 39.2) y por el ordenamiento interno (Ley Orgánica de protección jurídica del menor y Código civil)

La comunicación y estancia de los hijos con sus progenitores se configura como un derecho del menor que favorece su desarrollo integral y el afianzamiento de su identidad. Así, el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". En la Carta europea de los derechos del niño se establece como principio mínimo (número 14), para los casos de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, que el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño.

Entendemos que las razones invocadas por la madre para oponerse a las visitas del padre no pueden desvirtuar los argumentos que toma en consideración el fiscal, y que atienden al beneficio del niño, pues de no establecerse se consolidaría una situación de absoluta desconexión y desafección entre el padre y el hijo.

En este caso, contra lo que argumenta la madre, el hecho de que se denegara la solicitud del padre de que se ordenara el retorno del niño a España no determina por sí que deban excluirse los contactos entre el padre y el hijo mediante desplazamientos periódicos del demandado al lugar de residencia del menor, pues no solo no es que no haya condena penal alguna, sino que las denuncias al Sr. Anibal por episodios de violencia de género no dieron lugar siquiera a la orden de protección solicitada por la madre.

No se opone a ello tampoco que el padre no solicitara al amparo del Convenio de la Haya de 1980 de sustracción internacional de menores el establecimiento de un derecho de visitas (art. 21), pues lo que decidimos ahora forma parte de las consecuencias de la decisión de fondo sobre la custodia del menor y la opción por la custodia materna.

En atención a las anteriores consideraciones, a la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar del interés preferente del menor (art. 749 LEC), y a la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC), la sala asume el sistema de visitas propuesto por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del control de su cumplimiento y la posibilidad de modificación en su caso en el lugar de residencia del niño: un sistema de comunicaciones y visitas que consistirían en una semana de vacaciones en el mes de agosto (sin pernocta), con desplazamiento del padre a DIRECCION001 , y comunicaciones telefónicas, o por cualquier otro medio (skype, WhatsApp, zoom, ...), de una hora, dos días a la semana, en una franja horaria de la tarde que no afecte al normal desenvolvimiento de la actividad del



menor: escolar, social, familiar, etc.; un fin de semana al mes de sábado a domingo (sin pernocta) en la misma ciudad de DIRECCION001 (Bielorrusia).

Es doctrina de la sala que facilitar el contacto del hijo con el progenitor no custodio, al constituir el interés y beneficio del niño, conforma obligación de ambos progenitores. De lo que se trata es de establecer un sistema que no dificulte la relación con cada uno de los progenitores y que se base en un reparto equitativo de cargas de forma que ambos sufragan los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica y sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, etc. (por todas, sentencia 403/2022, de 18 de mayo, con cita de la doctrina de la sala recogida en sentencias anteriores).

La doctrina de la sala, por tanto, exige atender a las circunstancias particulares de cada caso. En el presente, consta en las actuaciones la vida laboral del padre, con 34 años de alta, que vive en una vivienda de su propiedad, pero no sus ingresos actuales, si bien no se ha opuesto a la petición de alimentos de la madre de 150 euros mensuales; y respecto de la madre, consta en la mencionada sentencia del Tribunal del Distrito de Moskovsky de DIRECCION001 que, además de una ayuda social por cuidado de niños menores de dieciocho años de 131,44 rublos, tiene un trabajo como contable por el que percibe una retribución de 2500 rublos mensuales (equivalentes a unos 750 euros). Con estos datos, si tomamos en consideración que, según el Informe Económico y Comercial elaborado por la Oficina Económica y Comercial de España en Moscú en junio de 2023, el smi en Bielorrusia en este año era de 554 rublos (equivalentes a 178 euros), por elementales razones de prudencia nos parece procedente no establecer una contribución de la madre a los desplazamientos del padre, habida cuenta del diferente nivel de vida de los distintos lugares de residencia y de que los gastos de desplazamiento se van a generar un fin de semana al mes y una semana de vacaciones en agosto.

OCTAVO.- En este caso, fue el Sr. Anibal quien interpuso la demanda de divorcio y acumuló la petición de medidas, entre las que incluyó, partiendo de su solicitud de custodia, que se impusiera la obligación de pagar alimentos a favor del hijo común. La demandada interesó la custodia a su favor y la condena de alimentos a cargo del padre.

Por lo que se refiere a los alimentos, debemos estar al 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, que se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art. 1.1). Conforme al considerando 15 del Reglamento, el hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero debería dejar de ser causa de inaplicación de las reglas comunitarias de competencia.

La competencia de los tribunales españoles para fijar una obligación de alimentos a cargo del padre resultaría tanto del art. 3.a) del Reglamento 4/2009 (residencia habitual del deudor) como del art. 3.d) del Reglamento 4/2009 (conforme al cual es competente el concreto órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resulte 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).

Debe tenerse en cuenta, además, que tanto España como Bielorrusia son parte del Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia (en vigor desde el 1 de enero de 2013,)

Por lo que se refiere a ley aplicable a las obligaciones de alimentos, conforme al art. 15 del Reglamento 4/2009 se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento. El art. 9.7 CC recuerda que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007.

El Protocolo se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante (art. 2). Las conexiones que se establecen lo son en defecto de acuerdo sobre la ley aplicable y se basan en una conexión general basada en la residencia habitual del acreedor (art. 3) y en unas conexiones especiales para determinados acreedores alimenticios privilegiados, entre los que se encuentran los hijos acreedores de alimentos de sus padres (art. 4).

Conforme al art. 4 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007:

"Artículo 4. Normas especiales a favor de determinados acreedores

"1. Las siguientes disposiciones se aplicarán en el caso de obligaciones alimenticias:

"a) de los padres a favor de sus hijos;



"b) de personas distintas de los padres a favor de personas que no hayan alcanzado la edad de 21 años, con excepción de las obligaciones que derivan de las relaciones a que se refiere el artículo 5; y

"c) de los hijos a favor de sus padres.

"2. Se aplicará la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley a que se refiere el artículo 3.

"3. 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 éste no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro.

"4. Si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de las leyes a las que se refiere el artículo 3 y los apartados 2 y 3 del presente artículo, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe".

En el caso que juzgamos, la regulación del art. 4.3 conduce a la aplicación de la ley del foro, la española, puesto que la reclamación de los alimentos de la madre a favor del hijo se ha planteado ante los tribunales españoles en la contestación a la demanda, y el padre tiene su residencia habitual en España. De acuerdo con lo previsto en el art. 4.3 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, únicamente deberíamos aplicar la ley de la residencia habitual del niño si no pudiera obtener alimentos del padre en virtud de la ley española, lo que no es el caso.

Partiendo de la ley española, en relación con el contenido de la obligación de alimentos de los padres respecto de sus hijos menores, la jurisprudencia ha destacado las connotaciones particulares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales, lo que permite una mayor flexibilidad en la fijación del importe de la pensión y en la interpretación del principio de proporcionalidad, de manera que los hijos puedan gozar del mejor nivel de vida que los recursos económicos de sus progenitores les puedan brindar y que su satisfacción genere un mayor esfuerzo contributivo (por todas, con cita de sentencias de la sala, la STS 378/2024, de 14 de marzo). Incluso, en relación con los supuestos de rebeldía del demandado, en los que se desconoce la capacidad económica del obligado a pagar los alimentos y no es posible aplicar con plenitud el principio de proporcionalidad, la STC 2/2024, de 15 de enero de 2024, ha declarado que ello no es obstáculo para que los tribunales fijen una cantidad líquida para la satisfacción de las necesidades del menor.

En el presente caso, las partes no han aportado datos ni sobre su capacidad económica ni sobre las necesidades y gastos de Julio, pero cada uno de ellos ha solicitado, para el caso de que les correspondiera la custodia exclusiva, una prestación alimenticia a cargo del otro de 150 euros, actualizada anualmente conforme al IPC, y reparto de los gastos extraordinarios al 50%.

En atención a que se acuerda la custodia exclusiva materna, con los datos obrantes en las actuaciones que hemos reseñado en el fundamento anterior, y que damos por reproducidos, puesto que ninguno de los progenitores ha impugnado ni cuestionado la cantidad solicitada de contrario, fijamos la contribución económica en el concepto de prestación de alimentos a cargo del padre en la cantidad de 150 euros, cantidad que deberá abonar en la cuenta que designe la madre. Ello, sin perjuicio de su revisión por modificación de circunstancias.

NOVENO.- La estimación de los recursos determina que no se haga especial pronunciamiento de las costas devengadas por los mismos. Puesto que al casar la sentencia y asumir la instancia estimamos el recurso de apelación interpuesto por el demandante en el sentido de declarar que sí procede acordar medidas respecto del hijo de los litigantes, no procede imponer las costas del recurso de apelación, y se mantiene la no imposición de las costas de la primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Anibal contra la sentencia dictada con fecha de 13 de febrero de 2023 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 796/2022, que casamos y anulamos en el sentido de declarar la procedencia de fijar medidas respecto de Julio, hijo de Anibal y de Diana.

2.º- Dictar las siguientes medidas respecto Julio:

i) La guarda y custodia se ejercerá por la madre.



ii) El padre deberá abonar en la cuenta que designe la madre 150 euros al mes, actualizables anualmente conforme al IPC. Los gastos extraordinarios corresponden al 50% a ambos progenitores.

iii) Se establece un régimen de comunicaciones y visitas a favor del padre que consistirán en una semana de vacaciones en el mes de agosto (sin pernocta), con desplazamiento del padre a DIRECCION001 (Bielorrusia), y comunicaciones telefónicas, o por cualquier otro medio (skype, WhatsApp, zoom, ...), de una hora, dos días a la semana, en una franja horaria de la tarde que no afecte al normal desenvolvimiento de la actividad del menor escolar, social, familiar; un fin de semana al mes de sábado a domingo (sin pernocta) en la misma ciudad de DIRECCION001 .

3.º- No hacer imposición de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ni del recurso de apelación, con restitución de los depósitos constituidos. No hacer imposición de las costas de la primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ