

EL ART. 15 DEL REGLAMENTO BRUSELAS II-BIS: TABULA IN NAUFRAGIO PARA CASOS DIFÍCILES

por
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

1. Art. 8 RB II-bis (competencia general). La residencia habitual del menor. En los casos internacionales, los litigios relativos a la responsabilidad parental sobre menores -y en especial, los que afectan a la custodia y visita de los menores-, son competentes los tribunales y autoridades del Estado miembro en el que el menor reside habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante la autoridad. Ésta es la regla general.

2. Sin embargo, existe un precepto, el gran prestidigitador del Reglamento Bruselas II-bis. Se trata de su art. 15, un auténtico *Sorcerer's Apprentice*, el aprendiz de brujo. Su análisis es muy conveniente para saber cómo preparar una estrategia procesal en casos muy complejos, en particular cuando el menor cambia de país de residencia habitual.

3. “Forum Non Conveniens” mediante codecisión (art. 15 RB II-bis). Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una “vinculación especial” está “mejor situado” para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor, podrán adoptar, alternativamente, dos previsiones: (1) Suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro; (2) Solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al art. 15.5 RB II-bis. Este foro de competencia internacional suscita ciertas reflexiones.

4. a) Aplicación excepcional. Se trata de una norma excepcional que recoge una norma de competencia específica que opera como excepción a la norma de competencia general recogida en el art. 8 RB II-bis. En consecuencia, este precepto debe ser interpretado y aplicado estrictamente (Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 23-25; STJUE 23 diciembre 2009, C-403/09 PPU, *Detiček*, FD 38; STJUE 21 octubre 2015, C-215/15, *Gogova*, FD 41; STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, FD 47-38; STJUE 4 octubre 2018, C-478/17, *IQ vs. JP*, FD 32; SAP Alicante 6 julio [divorcio y Derecho polaco]). La aplicación de este foro es excepcional. Sólo procede en casos justificados en los que concurran las exigencias que recoge el mismo art. 15 RB-II bis, que deben apreciarse, en todo caso, con atención al supuesto particular. En ningún caso el art. 15 RB II-bis autoriza, sin más, a los tribunales españoles, a aplicar los foros españoles de competencia internacional y a declararse, por ello, competentes. Para ello, deben "observar" previamente si los tribunales de otros Estados miembros son competentes con arreglo al Reglamento Bruselas II-bis

(con error: STS 7 julio 2011 [divorcio entre cónyuges con residencia en Bruselas]). El art. 15 RB II-bis cubre todas las medidas de responsabilidad parental, incluidas aquéllas que tienen su fundamento en el Derecho público. Por otro lado, el tribunal del Estado miembro de residencia habitual del menor no está en ningún caso obligado a desprenderse de su competencia en favor de otro tribunal de otro Estado miembro: es potestativo (Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 30).

5. b) Activación de este foro a instancia de parte / de oficio. La activación de este foro (= "transferencia de competencia" a otra autoridad de otro Estado miembro) puede producirse bien a instancia de parte, bien de oficio, o bien a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una "vinculación especial" (art. 15.2 RB II-bis). Sin dicha petición, el art. 15 RB II-bis resulta inaplicable (STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency vs. J.D.*, FD 43, AAP Barcelona 20 mayo 2015 [menor con residencia habitual en Polonia], SAP Córdoba 28 abril 2014 [menor en Rumanía]). Para que la remisión pueda efectuarse de oficio o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será preciso el consentimiento de al menos una de las partes. Una vez que el tribunal que "desvía" su competencia en favor de otro tribunal de otro Estado miembro así lo ha decidido, ello no impide que el tribunal de ese otro Estado miembro exija que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento distinto del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes (STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, FD 37).

6. c) Precisión de la "vinculación especial del menor con un Estado miembro". La "vinculación especial del menor con un Estado miembro" que se encuentra "*mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo*" existe en cualquiera de los siguientes cinco supuestos establecidos en el art. 15.3 RB II-bis.

a) El otro Estado miembro se ha convertido en el Estado miembro de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el art. 15.1 RB II-bis.

b) El menor ha residido de manera habitual en ese otro Estado miembro.

c) El menor es nacional de ese otro Estado miembro

d) Ese otro Estado miembro es el Estado de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental.

e) El asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro (art. 15.3 RB II-bis).

Estos cinco supuestos son exhaustivos y no caben otros (Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 28).

El tribunal que se desprende de su competencia debe "*desvirtuar la fuerte presunción a favor del mantenimiento de su propia competencia*" que resulta del Reglamento Bruselas II-bis. Ello significa que el tribunal competente en virtud de la residencia habitual del menor "*debe comparar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad 'general' que une al menor afectado, con arreglo al art. 8.1 RB II-bis, con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad 'especial' demostrado por uno o varios de los elementos enunciados en el art. 15.3 RB II-bis, y que exista, en el*

caso concreto, entre el menor y otros determinados Estados miembros" (STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, FD 49-50, 54) (Ordinanza Trib. Vercelli [Italia], 18 diciembre 2014 [menor rumano con residencia habitual en Rumanía], SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [divorcio entre cónyuges búlgaros], SAP Madrid 16 septiembre 2008 [impropia aplicación del art. 15 RB II-bis y menor español ex-dominicano sin residencia habitual actual en España], AAP Salamanca 27 noviembre 2006, AAP Valencia 14 octubre 2009, S Juzgado Violencia sobre la Mujer núm. 1 Getafe 9 julio 2010; Sent. CA Reims 28 julio 2009, *JDI*, 2011, p. 968, nota C. KLEINER). Es decir: si el órgano jurisdiccional competente en virtud del art. 8 RB II-bis llega a la conclusión de que las vinculaciones que unen al menor con el Estado miembro de su residencia habitual son más fuertes que las que la unen a otro Estado miembro, ello bastará para excluir la aplicación del artículo 15 RB II-bis (Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 35).

Como es lógico, este sistema de "transmisión de la competencia internacional" sólo opera si se percibe una vinculación especial con un Estado miembro pero no si tal vinculación se aprecia con un tercer Estado (SAP Valencia 24 octubre 2013 [madre chilena]).

Por otro lado, el tribunal mejor situado al que se refiere el art. 15 RB II-bis no puede ser ni el tribunal del Estado miembro de residencia habitual de los menores (art. 8 RB II-bis) ni el tribunal competente para conocer del divorcio que puede, si hay acuerdo entre los padres, conocer también de las cuestiones de responsabilidad parental de los hijos comunes (art. 12 RB II-bis). Tiene que ser el tribunal de otro tercer Estado miembro (STJUE 4 octubre 2018, C-478/17, *IQ vs. JP*, [menores con residencia en Reino Unido], FD 39).

7. d) Precisión de la existencia de un tribunal de otro Estado miembro con el que el menor tiene una vinculación especial, que se encuentra "mejor situado para conocer del asunto". Este aspecto también lo debe evaluar el tribunal que conoce del asunto y que está considerando la posibilidad de desprenderse de su competencia internacional para decidir sobre el fondo. Indica el TJUE que ello supone "*un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor*". En este sentido, pueden tenerse en cuenta, entre otros, las normas procesales del otro Estado miembro y las normas aplicables a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto si tales normas tienen una incidencia concreta en la capacidad del órgano jurisdiccional para conocer mejor del asunto, en particular al facilitar la obtención de pruebas y de testimonios, aportando con ello un valor añadido para resolver el asunto en interés superior del menor. En cambio, no puede considerarse de manera general y abstracta que normas jurídicas de otro Estado miembro como las normas relativas al examen del asunto a puerta cerrada y por jueces especializados, constituyan un elemento que el juez competente deba tener en cuenta al evaluar la existencia de un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto (Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 41).

En cambio, para llevar a cabo dicha evaluación sobre el interés superior del menor, el tribunal competente no debe tener en cuenta el Derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable por el órgano jurisdiccional de este último, en el caso de que le fuera remitido el asunto. En efecto, ello sería contrario a los principios de confianza mutua entre Estados miembros y de reconocimiento mutuo de las

resoluciones judiciales en las que se funda el Reglamento Bruselas II-bis (STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, FD 57; Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, FD 30 y 39).

8. e) Precisión del "interés superior del menor". Este foro sólo puede activarse cuando responde al "interés superior del menor". Indica el TJUE que ello significa que el tribunal competente debe cerciorarse, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al tribunal de otro Estado miembro no incide negativamente sobre la situación del menor afectado. A tal fin, el tribunal competente debe valorar la posible incidencia negativa de tal remisión sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de que se trate (STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency*, FD 61). También debe evaluar el tribunal la incidencia de la remisión del caso en el derecho del menor a su libre circulación intra-UE.

9. f) Procedimiento de "codecisión". Es preciso seguir el procedimiento de "codecisión" descrito en el art. 15 RB II-bis. En caso contrario, el tribunal que conoce del asunto no puede "desprenderse de su competencia" y la autoridad del "otro Estado miembro" tampoco podrá adquirir competencia para decidir el caso. El procedimiento que activa este "*Forum Non Conveniens* por codecisión" se concreta en las siguientes previsiones: a) El órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto establecerá el plazo en el que deberá presentarse la demanda ante los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro, con arreglo al apartado 1 del art. 15 RB II-bis (art. 15.4 RB II-bis). Si no se presenta demanda ante los órganos jurisdiccionales en dicho plazo, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó seguirá ejerciendo su competencia con arreglo a los arts. 8 a 14 RB II-bis; b) Los órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro podrán declararse competentes en el plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se les haya presentado la demanda en virtud de las letras a) o b) del apartado 1 del art. 15.2 RB II-bis si, por las circunstancias específicas del asunto, ello responde al interés superior del menor. En este caso, el órgano jurisdiccional ante el que se presentó inicialmente la demanda deberá inhibirse. De lo contrario, será competente el órgano jurisdiccional en el que primero se presentó la demanda, de conformidad con los arts. 8 a 14 RB II-bis. Por ejemplo, no se verifica ese "interés el menor" cuando éste ha sido trasladado por la madre a otro país y allí inicia otro proceso de divorcio cuando uno anterior ya estaba presente en el anterior país de residencia habitual de los menores (Sent. corte d'appello di Firenze 15 enero 2014 [divorcio entre cónyuges ingleses que han residido habitualmente en Italia y responsabilidad parental sobre hijos comunes trasladados por la madre al Reino Unido], *RDIPP*, 2014, pp. 170-172).

10. g) Origen del foro excepcional y referentes hermenéuticos. Este foro de competencia recogido en el art. 15 RB II-bis está copiado de los arts. 8 y 9 CH 1996. Por tanto, *mutatis mutandis*, la aplicación e interpretación de este art. 15 RB II-bis debe seguir las mismas pautas que siguen los arts. 8-9 CH 1996.

11. h) Forum Non Conveniens modificado. Este *Forum Non Conveniens* recogido en el art. 15 RB II-bis no constituye un *Forum Non Conveniens* "en estado puro", tal y

como se entiende en los países anglosajones. Se trata, más bien de un caso de "*consécration partielle*" de dicha tesis. En efecto, se exige que exista otra autoridad de otro Estado miembro que sea efectivamente competente y que esté dispuesto a asumir su competencia internacional y se exige también el consentimiento de al menos una de las partes. De ese modo, se evita que el tribunal se "desprenda" de su competencia internacional sin que exista otro tribunal de otro Estado que resulte competente y se asegura que las partes participan en este procedimiento de *Forum Shopping* parcial (S. CLAVEL).
