Revista Chilena de Derecho Privado, n.º 37, pp. 273-313 [diciembre 2021]

DIVORCIOS TRANSFRONTERIZOS Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

CROSS-BORDER DIVORCES AND INTERNATIONAL JURISDICTION: THE SPANISH SUPREME COURT DOCTRINE

Alfonso Ybarra Bores*

Resumen

Los divorcios internacionales son más numerosos cada día. En no pocas ocasiones existe un especial interés de las partes litigantes en presentar la demanda ante los tribunales de un determinado Estado, adquiriendo especial relevancia el fenómeno del *forum shopping* cuya finalidad es procurarse el foro más favorable, en particular en cuanto a la ley aplicable. En la actualidad en la Unión Europea la determinación de la competencia judicial relativa a divorcios internacionales se regula en el reglamento 2201/2003. Su artículo 3.º contiene un amplio número de foros al efecto. La aplicación de este reglamento ha relegado a un segundo plano la norma interna española contenida en el artículo 22 de la ley orgánica del poder judicial. El Tribunal Supremo ha resuelto controvertidas cuestiones en torno al referido instrumento y la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de divorcio.

Palabras clave: competencia judicial internacional; reglamento 2201/2003; foros de competencia judicial; divorcio internacional; litispendencia internacional

* Profesor titular de Derecho internacional privado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España). Dirección postal: Ctra. de Utrera, km. 1, 41013, edificio 3, Sevilla, España. ORCID ID.: 0000-0001-6129-1161. Researcher ID. WOS: AAA-8284-2019. Correo electrónico: aybabor@upo.es

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 "Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal" (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

Recepción: 2021-04-26; aceptación: 2021-07-15.

Abstract

International divorces are becoming more frequent every day. In many cases, there is a special interest for the parties in litigating before the courts of a certain State; the "forum shopping" mechanism is acquiring special relevance in order to obtain the most favorable forum, in particular regarding the applicable Law. Currently the main rule for international jurisdiction in the European Union is founded on Regulation 2201/2003. Its section 3 contains a wide number of grounds of jurisdiction for this purpose. The application of this Regulation has displaced the Spanish internal rules (section 22, Organic Act on the Judiciary 1985). Concerning the application of the mentioned Regulation, the Supreme Court has addressed some controversial issues related to the determination of the international jurisdiction of Spanish courts on divorces.

Keywords: international jurisdiction; regulation 2201/2003; jurisdiction forums; international divorces; international lis pendens

Introducción

Los divorcios internacionales o transfronterizos son aquellos en los que concurren elementos extranjeros, sean de naturaleza objetiva (lugar de celebración del matrimonio, lugar de residencia habitual o domicilio de los cónyuges, etc.) o subjetiva (determinados en general por la diferente nacionalidad de los cónyuges). La presencia de estos divorcios constituye una realidad cada día más constatable en la mesa de trabajo de los operadores jurídicos internacionales. Contemplamos como un hecho notorio el constante incremento de los denominados matrimonios "mixtos", esto es, contraídos por personas de distinta nacionalidad, lo cual, por lógica, hace que se incremente el número de posibles divorcios internacionales. Pero también crecen aquellos formados por personas con la misma nacionalidad que, por muy variadas razones, residen en un país distinto al de origen, o incluso algunos donde los cónyuges residen cada uno en un país diferente; son los llamados matrimonios "deslocalizados". Éstos también han de ser considerados como auténticos matrimonios internacionales ante un eventual divorcio[1].

En el marco del presente trabajo nuestro objetivo principal será abordar cómo se encuentra regulada la cuestión de la competencia judicial internacional

[1] Estos fenómenos se reflejan en el hecho de que, de los 97.960 divorcios producidos en España durante 2017, en el 10,9% de los casos uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera, y en el 6,3% ambos cónyuges eran extranjeros (fuente: CGPJ). Las cifras no paran de subir y en el año 2019 en el 17,6% de los matrimonios celebrados, al menos uno de los cónyuges era extranjero (fuente: INE). Un dato a tener en cuenta es que, en el caso de los matrimonios mixtos, y en particular cuando los cónyuges provienen de diferentes culturas, los índices de fracasos son más elevados que en los casos de parejas de la misma nacionalidad o culturalmente homogéneas.

en materia de divorcio en España, muy afectada por la regulación al respecto en la Unión Europea, que será de aplicación preferente. La pugna entre la regulación europea y la regulación estatal que de forma evidente ha caído a favor de la primera, la cual ha dejado en un muy segundo plano a la aplicación de las regulaciones estatales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, este predominio de los instrumentos comunitarios ha debido salvar obstáculos internos, fundamentalmente debido a la falta de costumbre que existía por parte de los jueces nacionales a manejar con soltura el nuevo derecho comunitario de familia, de gran complejidad técnica, y su aplicación en la práctica no es todo lo adecuada que hubiera sido deseable. En este sentido, nuestro trabajo debe abordar, al menos de una manera genérica, cómo está diseñado el marco normativo actual regulador de la competencia judicial internacional en materia de divorcio, integrado por normas de la Unión Europea y por regulaciones internas de cada Estado miembro, en particular en España.

Y en este marco normativo vamos a analizar los aspectos que se han presentado como más controvertidos en la aplicación de la principal norma reguladora de competencia judicial internacional que rige en el sistema español, esto es, el reglamento 2021/2003. En concreto, nuestra hipótesis de trabajo versará sobre el tratamiento que a la cuestión de la competencia judicial en este campo se le ha dado por el Tribunal Supremo, y, especialmente, desde que en España se aplica la normativa de la Unión Europea sobre el particular. Dicho estudio lo abordaremos desde el análisis de las soluciones dadas por el Tribunal Supremo en las tres sentencias que hasta la fecha ha dictado sobre el asunto en aplicación del reglamento 2021/2003. Es decir, pretendemos analizar las soluciones que dicho Tribunal ha ofrecido respecto al Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de competencia judicial y divorcio.

En nuestra hipótesis de trabajo no tratamos de presentar un estudio detallado de las referidas resoluciones, no es ese nuestro objetivo, sino más bien constatar qué es lo que el Tribunal Supremo español ha declarado en relación con la norma comunitaria por excelencia en esta materia, esto es, el citado reglamento 2201/2003. Y detenernos en las cuestiones de mayor relevancia y que podemos considerar que tienen un carácter de estructurales en este ámbito, dada su incidencia y repetición. Por otro lado, estas sentencias, en particular la última de las dictadas por la amplitud de la materia abordada –y su acierto–, deben de servir de guía a los distintos juzgados y tribunales inferiores para que puedan resolver de una manera adecuada los complejos problemas derivados del derecho de familia internacional relativos a la jurisdicción de los tribunales estatales.

Al respecto tendremos ocasión de tratar cómo la "residencia habitual" ha pasado a constituir el primer criterio a la hora de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros, y cómo se ha fijado dicho concepto a raíz de lo establecido al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Veremos cómo el tradicional foro de la "nacio-

nalidad" ha quedado relegado a un muy segundo plano. Nos marcamos como objetivo la plasmación de un concepto de "residencia habitual" que recoja el espíritu que se desprende de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional en la Unión Europea y, en consecuencia, en España.

Muy vinculado a lo anterior abordaremos el tema de la litispendencia internacional. La flexibilidad de la actual normativa aplicable en la Unión Europea en general, y en España en particular, en materia de competencia judicial en relación con el divorcio transfronterizo, hace que ésta se convierta en un punto de primer orden dado el interés que suelen mostrar las partes de cara a litigar ante los tribunales del Estado que más les convenga a sus pretensiones, siendo ello algo remarcable en los supuestos de divorcios contenciosos[2]. Y tales posibilidades de demandar ante los tribunales de más de un Estado van a traer como consecuencia la emergencia del indicado fenómeno de la litispendencia, regulado también en la normativa de la Unión Europea y aplicable con carácter preferente en los Estados miembros.

Por último, al objeto de nuestro estudio y de la hipótesis manejada resultará de interés que tratemos con carácter previo sobre ciertos aspectos relacionados con los divorcios internacionales y que, de alguna manera, van a tener una incidencia directa en las soluciones dadas por el Tribunal Supremo. Nos referimos a cuestiones como el fenómeno del *forum shopping*, el *rush to the courts* o los paraísos para demandar. Junto a ello, y a los efectos de entender bien la cuestión tratada, por un lado, conviene separar la competencia judicial internacional de la interna y, por otro, diferenciar bien la cuestión estricta de la competencia judicial internacional en relación con el divorcio, de otros problemas que, con frecuencia, suelen acompañarle (guarda y custodia, alimentos, derechos de visitas o el régimen económico del matrimonio, etc.); se trata de aspectos que tienen su propia regulación, a pesar de que en muchas ocasiones ello no es tenido en cuenta por los tribunales.

I. Divorcios internacionales y competencia judicial: algunos aspectos de interés

1. La relevancia del "Estado del foro"

Respecto a los divorcios transfronterizos alcanza un papel relevante el concepto de "foro", entendiendo por tal aquí el país desde cuya perspectiva

[2] En el caso de los llamados divorcios de mutuo acuerdo –o consensuados– también pueden existir intereses en presentar la demanda ante los tribunales de un Estado u otro, pero serán otro tipo de intereses menos "beligerantes", normalmente relacionados con la cuestión del eventual reconocimiento futuro del divorcio en otros posibles Estados o de la efectiva implementación de las distintas medidas en materia de responsabilidad paternal (derechos de visitas, guarda y custodia, patria potestad, etc.) y de alimentos (pensiones a favor de los hijos o del cónyuge) que se puedan acordar entre los cónyuges.

se aborda y, en su caso, soluciona, la concreta situación de tráfico jurídico externo. En un mundo conformado por más de 150 Estados soberanos, cada uno con sus propios ordenamientos jurídicos y autoridades para aplicarlos, no resulta ni mucho menos irrelevante concretar cuál va a ser en cada caso el Estado del foro, el Estado desde cuyo sistema de Derecho internacional privado se va a acometer la resolución del divorcio.

Pues bien, dicho país será el eje en torno al cual girará la solución que se le dé al divorcio. Pero sucede que, como hemos adelantado, en no pocas ocasiones los sujetos afectados por éste, pueden tener especial interés en que el Estado del foro sea uno u otro. En efecto, en los supuestos de divorcios internacionales, estas circunstancias provocan con cierta frecuencia algunas *disfunciones* en los sistemas estatales. Como bien destaca Rodríguez[3], podemos concretar en tres los fenómenos que pueden concurrir en estos casos que tratamos, pudiendo además convertirse en importantes ejes de posibles estrategias procesales[4].

El primero es el de la denominada "carrera hacia los tribunales" (*race/rush to the courts*), que aparece cuando las partes en conflicto se afanan en lograr que el país de su preferencia para litigar sea el primero en que se plantee el asunto, para que pase a ser considerado el Estado del foro y así atraer hacia él a la otra parte. Y ello acontecerá por las más diversas razones: mejor conocimiento de su ordenamiento jurídico, menores costes de litigación, dominio de la lengua del proceso, agilidad en la resolución de los procedimientos, una mayor confianza en sus operadores jurídicos o, incluso, la predisposición psicológica que pudiera tener la autoridad del Estado del foro a favorecer a la parte local, esto es, acudiendo al símil futbolero, a la parte que disputa el partido en su propio terreno.

La segunda posible disfunción del sistema sería el *forum shopping*. Se trata de una técnica consistente en presentar el divorcio por la parte demandante ante las autoridades judiciales de un determinado Estado sabedora ésta, de antemano, que su sistema de derecho internacional privado le favorecerá en orden a determinar el derecho nacional aplicable al fondo (la conocida como *lex causae*), esto es, aquel que más interese a sus posiciones, pretendiendo con ello obtener una mejor o más favorable resolución material a su favor[5]. Es cierto que este fenómeno se trata de desactivar en los últimos años en el ámbito de la Unión Europea mediante la entrada en vigor de reglamentos que

[3] Rodríguez (2020), p. 18.

[4] Zarraluqui (2017), pp. 211-230.

[5] Entre otros notorios supuestos sobre este conocido fenómeno, encontramos el del reciente divorcio de la célebre tenista española A. S. V. y su marido J. S. y la consiguiente disputa en aras a tratar de conseguir litigar cada parte en el foro, norteamericano (la mujer) o español (el marido), más afín a sus intereses, con decisión judicial final a favor de la competencia de los tribunales de Miami tras SAP Barcelona de 29 de marzo de 2021. Hay que tener en cuenta que las diferencias entre los distintos derechos estatales a la hora de regular el divorcio son muy importantes, de ahí el interés en que el caso sea resuelto por uno u otro ordenamiento jurídico.

contienen normas de conflicto uniformes en diferentes ámbitos materiales, entre ellos el del divorcio, pretendiéndose así fortalecer la seguridad jurídica y que, en cualquier caso, sea la misma ley estatal la que regule el divorcio con independencia del Estado del tribunal que pudiera conocer del litigio[6].

Por último, también ocurre que a veces nos encontramos con la existencia de determinados países considerados como auténticos "paraísos para demandar", atendiendo a variadas razones sustantivas y procesales. Así, por ejemplo, el Reino Unido, y, en particular los tribunales de la ciudad de Londres[7], tiene cierta fama en materia de divorcios internacionales, siendo la mujer la que suele buscar la competencia del tribunal inglés –antes de que su marido presente la demanda ante los tribunales de otro foro– porque es muy posible que la jurisdicción inglesa le sea más favorable a sus intereses, llegándose a afirmar que el foro londinense (o el inglés, en un sentido más amplio) ha llegado a convertirse en la actualidad en algo así como la capital mundial del divorcio transfronterizo[8].

Es por todo ello que, en relación con un divorcio internacional, será una cuestión de primer orden el determinar con acierto la competencia judicial de los tribunales, en nuestro caso, de los tribunales españoles. La finalidad es que estos ejerzan de una manera "razonable" la jurisdicción y lleguen a dictar sentencias que sean consideradas como válidas (en el sentido de homologables) en el conjunto de los ordenamientos estatales en presencia.

Se trata con ello de que no nos encontremos al final del proceso con resoluciones de las denominadas "claudicantes", esto es, que se consideran válidas en unos ordenamientos, pero nulas o inexistentes en otros, lo cual constituye un auténtico problema para el desarrollo del tráfico jurídico internacional. Y por desgracia ello es algo que a veces suele acontecer cuando los tribunales de un Estado conocen de un divorcio transfronterizo en virtud de unos foros de competencia que puedan considerarse excesivos o exorbitantes, dando lugar al indeseado fenómeno del "imperialismo jurisdiccional". Así, por ejemplo, en ciertos casos específicos, el foro de la residencia habitual del demandante

---

[6] En concreto es lo que acontece en relación con el divorcio con el reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010.

[7] Sánchez (2015), pp. 352-356.

[8] V. v. V. (2020). En dicha sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido (*The Supreme Court*) encontramos un claro caso de *forum shopping* en relación tanto al divorcio del matrimonio V. como a las obligaciones alimenticias derivadas del mismo, pugnándose en el caso entre la competencia de los tribunales escoceses y los ingleses para el conocimiento de ambos aspectos, teniendo especial interés la mujer en litigar ante los tribunales ingleses dado que éstos, en virtud del derecho inglés, otorgan frente a los escoceses un mejor trato a la mujer en relación con las pretensiones contempladas en el divorcio.

Téngase en cuenta que en el Reino Unido se producen los llamados en derecho internacional privado "conflictos internos", es decir, aquellos que afectan a dos o más bloques normativos que coexisten en el seno de un mismo sistema jurídico en un Estado, el cual es denominado Estado "plurilegislativo". Rodríguez (2020), pp. 24-25.

puede no reflejar una auténtica proximidad o vinculación entre el Estado cuyos tribunales aparecen como competentes y la situación litigiosa concreta, siendo dicha residencia habitual un elemento circunstancial que en realidad no implica una razonable conexión entre dicho litigio y el Estado en cuestión. Se trata de un foro que, en muchos casos, sobre todo si la parte a quien interese tiene cierta capacidad económica, puede ser "provocado" con relativa facilidad para lograr captar la competencia de los tribunales que más le convengan[9].

2. Aspectos controvertidos en los divorcios internacionales

Dada la posibilidad de que puedan comenzar a conocer al mismo tiempo de un divorcio los tribunales de más de un Estado, y debido a la configuración de las normas que regulan la materia –con foros operativos de una manera flexible y bajo el principio de alternatividad–, no es extraño que en este ámbito esté llamada a intervenir la figura de la "litispendencia internacional". En efecto, al existir múltiples foros de competencia judicial (*infra*) en materia de divorcio, y además operar estos de manera alternativa, es frecuente que, en un estrecho margen temporal, los cónyuges presenten sus demandas ante tribunales de distintos países, dando lugar a la existencia de demandas internacionales cruzadas[10]. Se trata de procesos ordinarios de idéntica naturaleza, tramitados en diferentes Estados, pero donde existe identidad subjetiva o de personas, del objeto litigioso y de la causa de pedir. En tales supuestos debe diferenciarse si la situación de litispendencia concurre en el marco de un procedimiento seguido ante un tribunal español, por un lado, y ante un tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea, por otro (litispendencia intraeuropea), o si se produce entre un tribunal español y un tribunal de un tercer Estado (litispendencia extraeuropea)[11].

---

[9] Y no digamos ya si hablamos del foro de la nacionalidad del demandante, foro que suele ponerse de ejemplo como prototípico caso que da lugar a evidentes supuestos de imperialismo jurisdiccional, pues puede ser fácilmente "provocado" para la ocasión. Tales foros excesivos, desaforados o exorbitantes en España podrían considerarse contrarios al artículo 24 CE y al artículo 6 CEDH de 1950.

[10] Como aconteció en los casos ya referidos relativos a los divorcios de A. S. V o del matrimonio V. (véanse notas 5 y 8)

[11] Sobre la cuestión de la litispendencia internacional en el marco de la Unión Europea, en general, véase Maseda (2019); Álvarez (2019b); y, Guzmán (2019).

Así, en el ámbito de la Unión Europea la solución pasa porque el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda, normalmente a instancia de parte (aunque la litispendencia puede ser apreciada de oficio: STS de 13 de marzo de 2013, entre otras), suspenda de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera y, una vez se establezca, aquél se inhibirá a su favor (artículo 19 reglamento 2201/2003). En relación con la litispendencia extra europea, para ver si procede o no la excepción, ha de acudirse a las normas nacionales del Estado ante cuyos tribunales se plantee, en el caso español, a los correspondientes artículos de la LEC (a los que expresamente se remite el artículo 38 de la ley 29/2015).

Debe apuntarse que las normas de competencia judicial internacional otorgan jurisdicción sólo a los tribunales estatales que resulten competentes en su conjunto. Luego, serán las normas procesales internas de cada Estado (en nuestro caso, en el ámbito civil, el artículo 769 LEC) las que designarán, sobre la base de unos criterios territoriales, objetivos y funcionales, cuál es, dentro de ese conjunto, el concreto órgano jurisdiccional que podrá conocer del proceso de divorcio. Por ello, debe tenerse en cuenta que, en materia de divorcio, la regulación transnacional en esta materia constituye un *prius* respecto a las particulares de cada Estado. Pero a veces, no es raro que la regulación transfronteriza pueda determinar de manera directa el órgano que deba conocer por razón del territorio, siempre y cuando ello sea factible[12].

Por otro lado, no debe confundirse la competencia internacional en materia de divorcio, con la referida a otras cuestiones que, de ordinario, aparecen vinculadas al mismo, pero que en el plano normativo cuentan con sus propias normas supraestatales para la determinación de la jurisdicción, circunstancia que por desgracia a veces no es tenida en cuenta por nuestros tribunales. Así, en materia de alimentos se aplicará el reglamento 4/2009 (artículos 3.º a 14); en materia de régimen económico matrimonial el reglamento 2016/1103 (artículos 4.º a 19)[13] o en aspectos relativos a responsabilidad parental (guarda y custodia, visitas, etc.) el ya citado reglamento 2201/2003 (artículos 8.º a 14)[14]. Como consecuencia del limitado ámbito de aplicación material del reglamento 2201/2003 y la consideración de todos estos otros textos que regulan competencia referida a materias cercanas o conexas al divorcio, se puede correr el "riesgo de la dispersión del pleito", con los graves inconvenientes que en la práctica ello conlleva[15].

También debe tenerse en cuenta que las normas de competencia judicial relativas al divorcio se aplican sólo a lo que es en sí la disolución del matrimonio, esto es, a los únicos efectos de la declaración del divorcio. Por lo tanto, tales normas no se ocupan de aspectos tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas

---

[12] En el AAP de Barcelona de 22 de mayo de 2019 se declara la competencia de los tribunales españoles, y en concreto del Juzgado de residencia de los menores (Barcelona), para conocer de una demanda de modificación de medidas, y todo ello –tanto la competencia internacional como la interna– en virtud de lo dispuesto en los artículos 8 y siguientes del reglamento 2201/2003. Un supuesto similar de utilización de una norma de competencia judicial internacional para a su vez determinar la competencia territorial lo podemos ver en el AAP de Oviedo de 25 de mayo de 2020.

[13] Campo (2019), pp. 1-13.

[14] Un flagrante caso de confusión de los referidos aspectos puede verse en Azcárraga y Quinzá (2018), pp. 802-810. Errores similares en el ámbito de procesos de divorcio desgraciadamente son frecuentes en los tribunales españoles, pudiéndose comprobar recientemente en la SAP de Toledo de 03 de marzo de 2020.

[15] Sánchez (2013), p. 44 y Carrascosa (2004), pp. 213-227.

accesorias, las cuales también tienen sus propias normas reguladoras[16]. Y lo mismo cabe decir en relación con la competencia para la modificación de sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros: serían aplicables los foros en materia de divorcio para determinar la posible atribución de conocimiento a los tribunales españoles, pero ello no alcanzaría a cuestiones que no se encontrasen incluidas en el ámbito material de la norma aplicable (que suele ser el reglamento 2201/2003), como pudiera ser, por ejemplo, lo relativo a la pensión compensatoria o a la de alimentos.

Por último, y por lo que hace a estos aspectos controvertidos que estamos exponiendo, un tema que también suscita problemas en relación con los procedimientos de divorcio transfronterizos es la que se refiere a los requisitos documentales de la demanda. En particular nos referimos ahora al hecho de la no inscripción en el Registro Civil español del matrimonio celebrado en el extranjero, entre extranjeros, y cuyo divorcio se tramita ante los tribunales españoles.[17]. Ocurre que en los litigios internacionales de divorcio a veces no es posible acompañar a la demanda la certificación requerida de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil debido a su imposibilidad de inscripción y, en estricta teoría, ello debería dar lugar a la inadmisión de la demanda según las normas que rigen los procedimientos de divorcio en nuestro ordenamiento[18].

Sin embargo, entendemos que debe hacerse una lectura adaptada a estas situaciones, tan necesaria a veces en los litigios internacionales, en el sentido de admitir la competencia de nuestros tribunales en el caso de que ambos cónyuges tuviesen su residencia habitual en España al presentar la demanda y hubieran contraído matrimonio fuera de nuestro país. Exigirles en tal caso la referida certificación registral, teniendo en cuenta que serían competentes para conocer del divorcio los tribunales españoles, sería contrario al derecho de las partes a la tutela judicial efectiva[19]. En estos supuestos parece que lo razonable sería acompañar a la demanda los certificados de empadronamiento en España de ambos cónyuges y la correspondiente certificación registral expedida por las autoridades del país donde se celebró el matrimonio, y ello apostillada o, en su caso, legalizada.

---

[16] Así lo deja claro el considerando 8.º del reglamento 2201/2003. Sin embargo, sí que se aplican estas normas para determinar la competencia internacional a fin de dictar las llamadas "medidas previas" al divorcio, así como las medidas provisionales, cautelares o urgentes que en su caso procedan.

[17] Artículos 770 y 777 LEC.

[18] Artículo 403.2 LEC.

[19] Y tampoco sería correcto en tal caso obligar a los cónyuges a que procedieran previamente a la presentación de la demanda a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, pues ello no es exigible al ser ambos cónyuges extranjeros y al no haberse celebrado el matrimonio en España. En el Registro Civil Central se inscriben los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o personas que posteriormente adquieren la nacionalidad española, que no son los casos a los que ahora nos referimos.

II. Divorcios internacionales y jurisdicción: regulación

En el sistema español nos encontramos con normas de carácter supraestatal e internas[20]. Como en otros muchos ámbitos del derecho internacional privado actual, un punto de gran relevancia lo va a constituir la correcta determinación de la normativa aplicable en cada supuesto para, en su caso, determinar con acierto la competencia de los tribunales españoles. Y decimos esto porque ha existido cierta actitud o "vicio" de nuestra jurisprudencia menor consistente en ignorar con singular contumacia la aplicación del reglamento 2201/2003[21], en particular en procedimientos de divorcio que afectaban sólo a nacionales de terceros Estados, ignorando su existencia y, en su lugar, aplicar de modo improcedente y con cierto automatismo, la regulación interna contenida en la LOPJ[22].

Vamos a continuación a ocuparnos de las normas aplicables en el sistema español, distinguiendo a tal efecto entre las supraestatales, siempre de preferente aplicación, y las estatales, que hoy han quedado relegadas a un muy segundo plano.

1. La regulación supraestatal: el reglamento (UE) 2201/2003

Respecto a la regulación de la materia que abordamos, contamos en la actualidad con un reglamento de la Unión Europea que, sin duda alguna, se ha convertido en la piedra angular del sistema español. Nos referimos al ya citado reglamento 2201/2003[23]. Ha de indicarse que tal reglamento será sustituido

---

[20] Vidal (2009), pp. 101-116.

[21] Vidal (2009), pp. 106-107. La jurisprudencia española, como siempre muy lenta a la hora de asimilar las normas de derecho internacional privado, ya sean en materia de competencia judicial o ley aplicable, continuó durante mucho tiempo utilizando los criterios de la LOPJ sin plantearse siquiera la aplicación del reglamento 2201/2003.

[22] Calvo y Carrascosa (2018), pp. 240-241 y Fernández y Sánchez (2020), pp. 482-483.

Ello acontece con cierta frecuencia en los supuestos en los que los cónyuges, o alguno de ellos, no ostentan la nacionalidad de ningún Estado miembro, destacando también casos en los que al Ministerio Fiscal interesa se declare la incompetencia de los tribunales españoles por el hecho de que el demandado no tenga su domicilio en España *ex* artículo 50 LEC. Ello constituye un doble error: por una parte, porque dicho precepto regula únicamente la competencia interna, y no la internacional y, por otra, porque sólo debería ser tenido en consideración en el caso de que, con arreglo a las normas aplicables, la jurisdicción española dispusiera de competencia internacional.

[23] Debemos significar que el Reino de España, en general, no tiene suscritos convenios internacionales en materia de competencia judicial internacional y, en particular, en materia de divorcio. Y de los 2 convenios bilaterales vigentes que regulan competencia judicial, tanto el suscrito con Rumanía (1997) como con El Salvador (2000), ambos excluyen el divorcio de su ámbito material. Respecto a convenios multilaterales, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado elaboró el convenio de 12 de junio de 1902 sobre conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y separación de cuerpos, que fue firmado, pero no ratificado por España; y tampoco se incorporó al derecho español el convenio de La Haya de 01 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos.

a partir del 22 de agosto de 2022 por el nuevo reglamento 2019/1111. En lo que respecta a la materia de competencia judicial en relación con el divorcio no existe una variación respecto a la regulación actual, en particular en lo que hace a los foros de competencia (artículo 3.º), por lo que en realidad, al margen de no ser aplicable a día de hoy, no tiene trascendencia de cara al contenido del presente trabajo. Las modificaciones se producirán en materia de responsabilidad parental y, en de manera principal, en relación con la regulación de la sustracción internacional de menores, aspectos éstos que no afectan al objeto de nuestro artículo.

Llama la atención que el reglamento 2201/2003 (ni tampoco el futuro reglamento 2019/1111) no contenga en su articulado un concepto de lo que ha de entenderse por "matrimonio", constituyendo tal institución una cuestión previa al divorcio. Tal omisión puede dar lugar a que se plateen dudas en supuestos de matrimonios poligámicos, entre personas del mismo sexo, temporales, revocables, etc. Ante esta situación, y resultando necesario conocer cuál es su significado, debe prevalecer la remisión al derecho nacional de cada Estado miembro, para que sea éste en cada caso, a través de sus tribunales, el que establezca mediante la aplicación de su propio derecho si la unión entre dos personas que se pretende disolver constituye o no en realidad un matrimonio. Esta es la solución que parece desprenderse del considerando 10.º del reglamento 2201/2003, a tenor del cual, las cuestiones prejudiciales, como son las relativas a la capacidad jurídica o a la validez del matrimonio, deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate en el litigio concreto[24].

a) Ámbito de aplicación

La competencia judicial internacional se fundamentará en el reglamento 2201/2003 cuando el supuesto litigioso de que se trate quede comprendido en su ámbito de aplicación, el que viene delimitado por cuatro factores:

1) material;
2) territorial;
3) personal; y,
4) temporal.

Desde el punto de vista "material", y en lo que interesa a efectos de nuestro trabajo, el artículo 1.1 dispone que el reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto,

[24] Normalmente los conceptos jurídicos principales correspondientes a las materias propias de los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado son objeto de una definición autónoma en el marco de estos, definición al margen de la particular existente en cada Estado miembro. Sin embargo, al resultar complejo consensuar ciertos conceptos en un marco o visión europea, tal como sucede con la definición de "matrimonio" (donde convergen aspectos jurídicos, religiosos, sociológicos o históricos propios de cada Estado), se ha optado por extraer la definición del derecho de cada Estado miembro en la aplicación por sus autoridades del reglamento.

a las materias civiles relativas: al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial. Respecto a la materia matrimonial, ya hemos señalado que el reglamento sólo se aplica a lo que se refiere a la disolución (considerando 8.º) y que no se ocupa de otros aspectos como:

1) los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones que tengan carácter religioso;
2 ni tampoco de los aspectos que se encuentran vinculados al divorcio: así, el régimen económico matrimonial o alimentos (*supra*, apartado I)[25];
3) ni se aplica a la disolución de parejas de hecho[26];
4) ni a la determinación de la ley aplicable al divorcio, aspecto que hemos visto cuenta con su propio instrumento regulador (reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre)[27].

Además, el ámbito material del reglamento 2201/2003 también se delimita desde un punto de vista negativo, al referirse el artículo 1.3 a una lista de materias que se encuentran excluidas de una manera expresa. En concreto, no se aplica:

1) a la determinación y a la impugnación de la filiación;
2) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;
3) al nombre y apellidos del menor;
4) a la emancipación;
5) a las obligaciones de alimentos;
6) a los fideicomisos y las sucesiones; y,
7) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

En lo que se refiere al ámbito "territorial", el reglamento 2201/2003 se aplica en todos los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca. En este caso, el Reino Unido e Irlanda sí participaron en el reglamento, y ello tras ejercitar en su momento el *opting-in* (considerando 30)[28].

---

[25] Arenas (2004), p. 140. La consecuencia de ello será que en cada caso de crisis matrimonial que se presente ante los tribunales de los Estados miembros será precisa la consideración de una pluralidad de normas, para determinar la competencia judicial internacional respecto a las diferentes cuestiones que suelen plantearse junto con la demanda matrimonial. Esplugues (2002), p. 27. Ello, obviamente, puede plantear un problema de compatibilidad de fuentes de difícil solución práctica.

[26] Esplugues (2002), p. 28. Quedan por lo tanto excluidos del ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 los supuestos de separación de hecho y de todas aquellas cuestiones relativas a las uniones de hecho.

[27] En el artículo 2 del reglamento 2201/2003 se establece que por "órgano jurisdiccional" se entiende todas las autoridades de los Estados miembros con competencias en las materias que entran en el ámbito de aplicación del reglamento, lo cual es relevante en España, en relación con la cuestión de la ley aplicable al divorcio, tras las modificaciones introducidas por la ley de la jurisdicción voluntaria, pues se contempla la intervención de notarios y letrados de la administración de justicia en la separación o divorcio de mutuo acuerdo.

[28] Y ello con independencia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea el pasado 31 de diciembre de 2000 como consecuencia del proceso del *Brexit*. Por ello este país actualmente ya no participa en los instrumentos comunitarios, los cuales ya no son aplicados por sus autoridades.

Respecto al ámbito "personal", éste se deduce de los artículos 6.º y 7.º del reglamento 2201/2003, regulación que no es todo lo clara que sería deseable. En principio, las normas de competencia judicial del reglamento se aplican con carácter general, respecto a cualquier persona. Si con arreglo a estas normas no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de algún Estado miembro (cosa complicada dado el número y naturaleza de foros previstos), se aplicarán entonces las normas internas de éstos[29], y ello con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado comunitario y de que dicho demandado ostente su residencia habitual o no en la Unión Europea.

El artículo 7.1 del reglamento trata de evitar una "denegación de justicia" y permite, al efecto, utilizar los foros previstos en cada Estado miembro pero sólo en el caso de que no exista ningún tribunal en algún otro Estado miembro que resulte competente para conocer del procedimiento con arreglo al propio reglamento. En el caso de un demandado nacional de un Estado de la Unión Europea, pero con residencia habitual en un tercer Estado, podrá ser demandado ante los tribunales de un Estado miembro con arreglo a las normas nacionales de competencia en el sector del divorcio solo si ningún tribunal de algún Estado miembro sea competente para conocer del divorcio según las normas de competencia del reglamento 2201/2003[30].

Y en el supuesto de que las normas de producción interna (en nuestro caso contenidas en el artículo 22 *quáter*, letra c), de la LOPJ –*infra*–) no otorgasen competencia a los tribunales españoles, entonces éstos deberán declararse incompetentes.

Se establece no obstante una limitación: un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro sea nacional de tal Estado o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las disposiciones del reglamento 2201/2003. La remisión al Reino Unido carece hoy de trascendencia debido a la salida de dicho país de la Unión Europea desde el 01 de enero de 2021.

Por último, en cuanto al ámbito "temporal" del reglamento, éste entró en vigor el 01 de agosto de 2004, siendo aplicable desde el 01 de marzo de 2005 (artículo 72). Las acciones judiciales ejercitadas a partir de esta fecha están sometidas a lo dispuesto en el reglamento (artículo 64.1) y, si bien éste no tiene en principio carácter retroactivo, se contemplaron sin embargo algunas excepciones.

---

[29] Efectivamente, en la STJCE de 29 de noviembre de 2007 se precisó que el recurso a las normas internas de competencia judicial internacional sólo puede producirse cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente con arreglo a las disposiciones del reglamento.

[30] Calvo y Carrascosa (2018), pp. 234-235.

b) Los foros de competencia judicial internacional

El reglamento 2201/2003 contiene en su artículo 3.º una amplia lista de criterios de competencia judicial internacional, los cuales guardan entre sí una relación de alternatividad. En esta materia no se recurre a una estructura jerárquica que imponga la preferencia de un foro frente a los demás, sino que se puede optar por cualquiera de ellos para acudir al órgano jurisdiccional que cada parte estime más conveniente a sus intereses; de ahí la posibilidad de que se pueda activar el fenómeno ya tratado de la "carrera hacia el tribunal". Es suficiente que concurra uno de los criterios para que los tribunales del Estado miembro de que se trate se declaren competentes[31], siendo irrelevante el hecho de que los de otros puedan también conocer del divorcio en virtud de alguno de los foros contemplados en el artículo 3.º[32].

Los foros son controlables de oficio por los tribunales. A tenor de lo dispuesto en el artículo 17, precepto necesario para asegurar la correcta aplicación del reglamento, si el juez comprueba que con arreglo a éste carece de competencia y ésta corresponde a los tribunales de otro Estado miembro, entonces se declarará de oficio incompetente. También deberá declararse incompetente si comprueba que no es competente en virtud del reglamento 2201/2003, ni con arreglo, en su caso, a sus normas de producción interna, y ello incluso en el caso de que no sea competente otro tribunal de otro Estado miembro[33].

En el artículo 3.º del reglamento 2201/2003 se contienen siete foros basados en circunstancias objetivas, fundamentados en el principio de proximidad, y que giran en torno a la residencia habitual o nacionalidad/*domicile* de los cónyuges[34]. Se trata de unos foros flexibles, realistas, y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges que suele producirse tras una crisis matrimonial transfronteriza, entendiéndose además que, en términos generales, generan un nivel suficiente de conexión entre el litigio y la jurisdicción seleccionada[35].

En concreto, esta norma dispone que en los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia corresponderá, de manera alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

1) la residencia habitual de los cónyuges;
2) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí;

---

[31] STS de 16 de diciembre de 2015, *infra*.

[32] Sánchez (2013), pp. 41-42. El elevado número de foros contenidos en el artículo 3 del reglamento, unido a su carácter alternativo, obedece sin duda al *favor divortii*, principio que se encuentra muy presente en la articulación del reglamento para favorecer el conocimiento del procedimiento de divorcio y el acceso a los tribunales de algún Estado miembro de una manera amplia.

[33] Calvo y Carrascosa (2018), p. 236.

[34] Palao (2018), pp. 9-44 y Torralba (2018), pp. 453-4787. En general, sobre el concepto de "residencia habitual", véase Pérez (2018 y 2020).

[35] Esplugues (2001), p. 32.

3) la residencia habitual del demandado;
4) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges;
5) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda;
6) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*;
7) o de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del *domicile* común (téngase en cuenta la salida del Reino Unido de la Unión Europea).

Por lo que respecta al foro de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda ha de tenerse en cuenta que es irrelevante su nacionalidad, pues con independencia de cuál sea, si el matrimonio tiene la residencia habitual, por ejemplo, en España, la competencia judicial de los tribunales españoles se va a determinar por las normas del artículo 3.º del reglamento. Sin embargo, por lo que concierne al foro de la nacionalidad de ambos cónyuges, carece de relevancia el país de su residencia habitual, debiendo concurrir la nacionalidad común en el momento de la presentación de la demanda[36]. Sobre el criterio de la nacionalidad común, la sentencia TJCE de 16 de julio de 2009 indicó que en caso de que ambos cónyuges compartieran la nacionalidad de más de un Estado miembro, podrían optar por presentar su demanda ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de ellos.

A pesar de la importancia de la "residencia habitual" en el marco del reglamento 2201/2003, éste no define qué ha de entenderse por tal[37], siendo en todo caso un concepto autónomo del propio reglamento que equivale al "centro social de vida" o al "lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable"[38]. Se trata del lugar donde la persona dispone del núcleo principal en sus relaciones con otras personas y, aunque en principio no es relevante la duración temporal concreta de la permanencia en el país concreto, cuanto más tiempo permanezca una persona allí, más probabilidades existen que se entienda que tiene en ese país su residencia habitual.

En principio el elemento intencional no tiene especial trascendencia para su determinación. Sin embargo, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio la intención de las partes debe ser potenciada, lo

[36] Calvo y Carrascosa (2018), pp. 243-244 y Álvarez González (2009a), pp. 1-9.

[37] Bonomi (2001), pp. 298-299. Dada la importancia que adquiere el concepto de residencia habitual en el reglamento 2201/2003, hubiera sido conveniente haber introducido una definición en su regulación.

[38] STS de 21 de noviembre de 2017, *infra*.

que conducirá a un concepto más amplio de residencia habitual, y ello con el fin de facilitar el acceso a los tribunales en materia de crisis matrimoniales[39]. Al respecto, la inscripción del interesado en registros públicos, como el padrón municipal, no supone de manera automática que tenga en dicho lugar su residencia habitual, pero no obstante constituye un principio de prueba bastante sólido, aunque puede ser desvirtuado. En definitiva, la residencia habitual se ha de considerar en sentido fáctico, atendiendo a aspectos como el lugar donde el sujeto tiene el centro de sus intereses constatado mediante circunstancias de hecho, como los vínculos sociales, la estabilidad de la residencia o la voluntad de permanencia[40].

En materia de divorcio se recogen en el reglamento 2201/2003 dos normas adicionales conteniendo dos foros específicos para los supuestos de demandas reconvencionales y de conversión de la separación judicial en divorcio. En primer lugar, el artículo 4.º señala que en caso de demanda reconvencional será competente el órgano jurisdiccional ante el que se sustancia el procedimiento con arreglo al artículo 3.º, en la medida en que esta demanda entre en el ámbito de aplicación del reglamento; el concepto de reconvención es propio del reglamento y cubre las pretensiones formuladas por los demandados con el objeto de lograr un pronunciamiento judicial distinto a la desestimación de la demanda inicialmente interpuesta. En segundo término, el artículo 5.º dispone para los supuestos de conversión de la separación judicial en divorcio, que podrá plantearse ante el órgano jurisdiccional que resulte competente con arreglo al artículo 3.º, o ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiese dictado la resolución de separación si su ley prevé tal posibilidad.

Para concluir este análisis del reglamento 2201/2003 en relación con la competencia judicial en materia de divorcios internacionales, es importante destacar que debe garantizarse siempre que el demandado haya conocido la existencia de la demanda de divorcio, esto es, que haya tenido la posibilidad efectiva de participar en el procedimiento, haciendo valer sus derechos. Y a tal fin el artículo 18 del reglamento se remite, dependiendo del caso, al reglamento 1393/2007, o al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965.

2. La regulación interna: la LOPJ

El régimen interno de competencia judicial internacional en el sistema español se regula en la LOPJ, más en concreto, en el título primero del libro primero, titulado "De la extensión y límites de la jurisdicción" (artículos 21 a 25), que fue modificado por la ley orgánica 7/2015, de 21 de julio. Algunos de estos

[39] Calvo y Carrascosa (2018), p. 242.

[40] Sánchez (2013), p. 34. El TJUE ha facilitado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que "es el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hechos constitutivos" (así, en la STJUE de 22 de diciembre 2010).

preceptos se caracterizan, en gran manera, por ser de aplicación subsidiaria respecto a los instrumentos supraestatales: la competencia judicial se fundamentará en la LOPJ sólo en defecto de reglamento de la Unión Europea o de convenio internacional aplicable, lo que hace que sean bastante limitadas sus posibilidades de aplicación[41]. La ingente labor del legislador europeo, que ha extendido sus reglamentos a un abanico muy amplio de materias, unida al hecho de que algunos de los reglamentos más recientes se aplican con carácter general y descartando la aplicación subsidiaria de normas nacionales, ha llevado a que los preceptos de la LOPJ pierdan buena parte de su trascendencia práctica. Así, el régimen del reglamento 2201/2003 constituye en la actualidad el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas matrimoniales, prevaleciendo incluso sobre cualquier convenio bilateral o multilateral que pudiera haber entre los Estados miembros de la Unión Europea[42].

Si nos centramos en la competencia en materia de divorcio, los foros se recogen en los artículos 22, 22 bis, 22 ter y 22 *quáter* LOPJ, los cuales, como ya hemos indicado, sólo se pueden aplicar cuando con arreglo al reglamento 2201/2003 ningún tribunal de otro Estado miembro sea competente para conocer de la acción de divorcio (artículo 7.1), razón por la cual, reiteramos, dichos preceptos presentan hoy un carácter residual, siendo muy poca su aplicación.

De un estudio conjunto de los referidas normas de la LOPJ, estas otorgan competencia a los tribunales españoles en materia de divorcio en los siguientes supuestos tasados:

1) cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda;
2) cuando los cónyuges hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí;
3) cuando el demandando tenga en España su residencia habitual;
4) en casos de demanda de mutuo acuerdo, cuando uno de los cónyuges resida en España;
5) cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda;
6) cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda;
7) cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española;
8) cuando el demandado tenga su domicilio en España; y,
9) cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles.

En la práctica, la mayoría de los foros de la LOPJ, salvo el último caso (9), van a ceder en su aplicación a favor de los del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, siendo muchos de ellos una mera copia de lo dispuesto en dicho

[41] Vidal (2009), pp. 114-115.
[42] Fernández y Sánchez (2020), p. 481.

artículo. Así, pues, los foros internos de los Estados miembros que coincidan con algunos de los recogidos por el reglamento quedarán desactivados, sobreviviendo sólo los que sean diferentes. En concreto, los foros de la LOPJ que mantienen su operatividad tras el reglamento serían el relativo a la sumisión a favor de los tribunales españoles[43] y el referido al demandante español con residencia habitual en España, el cual no exige plazo alguno de residencia para presentar la demanda, aunque desde el momento en que transcurrieran 6 meses (si el demandante es nacional español) o un año (si no lo fuera), dejaría de operar este criterio interno al pasar a estar cubierto el supuesto por el artículo 3.º del reglamento[44].

Y si no concurriera ninguno de los foros indicados, el tribunal español tiene la obligación de declararse incompetente. Y conviene recordar que, de ser competentes, en virtud de los criterios previstos en la LOPJ, éstos sólo habilitan a nuestros tribunales para conocer sobre la cuestión del divorcio, es decir, no en relación con aspectos que por lo general se suelen decidir al mismo tiempo, como son la custodia de los hijos, los alimentos, el régimen económico matrimonial, etc. En tales casos los tribunales españoles serán competentes únicamente si así lo disponen los diversos instrumentos internacionales vigentes en nuestro sistema, reguladores de la competencia judicial relativa a dichas materias.

III. El Tribunal Supremo español ante los divorcios internacionales

Siguiendo la temática propuesta en el presente trabajo, vamos a abordar ahora el análisis de las resoluciones que han sido dictadas pon el Tribunal Supremo español en materia de competencia judicial y divorcios transfronterizos. Y lo vamos a realizar en el marco de la vigente regulación, sin abordar posturas correspondientes a anteriores épocas, donde la regulación supraestatal, hoy dominante, brillaba entonces por su ausencia.

Y desde que se viene aplicando la norma básica de nuestro actual sistema (el reglamento 2201/2003) en conjunción con la norma interna de aplicación subsidiaria (artículo 22 LOPJ), que como hemos indicado apenas tiene utilidad en la actualidad, han sido 3 las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en concreto por su sala de lo civil, y que han abordado diversas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa: por un lado, la sentencia de 16 diciembre de 2015 y, por otro, la de 21 de noviembre de 2017 y, por último, la de 17 de febrero de 2021. Vamos a detenernos a continuación en el análisis de los asuntos controvertidos que fueron tratados.

---

[43] Si bien algunos autores niegan la operatividad de este foro de la sumisión tácita o expresa del artículo 22 *bis* LOPJ en materia matrimonial. Fernández y Sánchez (2020), p. 483.

[44] Sánchez (2020), pp. 17-34.

1. Competencia judicial y litispendencia internacional

La sentencia de 16 de diciembre de 2015 versó sobre un divorcio donde los cónyuges eran de nacionalidad portuguesa. La cuestión nuclear giró en torno a la existencia de una posible situación de litispendencia como consecuencia de la tramitación de dos procedimientos abiertos relacionados con el divorcio: uno en España, donde la competencia de sus tribunales era defendida por la mujer, y otro en Portugal, en la cual era defendida por el marido. Por los datos que ahora veremos, en el trasfondo nos encontramos con una clara situación de "carrera hacia los tribunales" o de posible *forum shopping*, fenómenos que, como ya indicamos, se producen con relativa asiduidad en el marco de los divorcios transfronterizos.

Al defender la competencia a favor de los tribunales portugueses el marido pretendía en el fondo desacreditar la jurisdicción de los tribunales españoles[45]. De hecho, basta ver los motivos del recurso ante el Tribunal Supremo para percibirlo. Así, y en lo que a nosotros nos interesa, se interpuso un recurso extraordinario por dos motivos:

1) por infracción procesal como consecuencia de infracción del artículo 496.1.º LEC al desestimarse la litispendencia existente por la tramitación ante la jurisdicción portuguesa de litigio con el mismo objeto[46]; y,
2) por infracción del artículo 469.1 LEC al desestimarse la incompetencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio, y ello en contra de lo dispuesto en el artículo 8.º del reglamento 2201/2003[47].

Por lo que hace al *iter* procesal del caso, y a los efectos de la solución que por el Tribunal Supremo se dará a la cuestión de la litispendencia, hay que tener en cuenta los diversos procedimientos que se siguieron entre las partes, tanto en España como en Portugal[48]:

---

[45] Como los tribunales portugueses no pueden controlar la competencia de los tribunales españoles una vez que ha sido declarada porque tal actuación no se encuentra prevista en el artículo 19 del reglamento 2201/2003 para los supuestos de litispendencia (ni tampoco con carácter general en los artículos 17 o 24) lo que se pondrá en cuestión por parte del recurrente será cuál de los procedimientos será el que se inició en primer lugar.

[46] Y ello, según el recurrente, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 16.1 del reglamento 2201/2002, donde se establece cuándo se considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, lo cual es un aspecto básico a los efectos de determinar la posible existencia de una situación de litispendencia, que posteriormente es regulada en el artículo 19 a favor del tribunal ante el que se hubiere presentado la primera demanda.

[47] El artículo 8 dispone: "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 presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional".

[48] Ha de reseñarse que la sentencia recurrida que dio lugar a la del Tribunal Supremo desestimó la litispendencia en el procedimiento de divorcio a favor de los tribunales portugueses por una doble razón: formalmente, por el hecho de no haberse planteado en primera instancia y, por motivo de fondo, al considerarse que el procedimiento de divorcio en Portugal fue iniciado

1) procedimiento español de medidas provisionales previas, iniciado por demanda de 07 de julio de 2011 y finalizado por auto de 26 de septiembre de 2011, en el que se declaró la competencia de los tribunales españoles conforme al artículo 8.º del reglamento 2201/2003[49];
2) procedimiento portugués de "regulación de responsabilidades parentales" en Lisboa, iniciado el 31 de agosto de 2011, con alegaciones de la mujer el 24 de octubre de 2011 sobre la incompetencia del tribunal portugués y suspensión de la instancia "hasta la fijación definitiva en el ámbito de la competencia internacional del foro competente". Se remitieron las actuaciones al procedimiento portugués de divorcio iniciado con posterioridad, y al que luego haremos referencia;
3) procedimiento español de demanda de separación-divorcio con medidas definitivas del que conoce el Tribunal Supremo mediante los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por el marido. Tal procedimiento fue iniciado por demanda de 24 de octubre de 2011 con decreto de admisión de 02 de noviembre de 2011. En este procedimiento el actor planteó una declinatoria que fue resuelta por el auto de 11 de enero de 2012 declarándose la competencia de los tribunales españoles en virtud del artículo 3.º del reglamento 2201/2003;
4) procedimiento portugués de divorcio iniciado por demanda de 25 de octubre de 2011, con archivo del procedimiento de responsabilidades parentales iniciado por el marido, y confirmación por el Tribunal de Relaçao el 21 de noviembre de 2013; procedimiento en el que el Tribunal Supremo de Portugal planteó, al conocer del recurso, una cuestión prejudicial resuelta por auto del TJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-507/14).

Así las cosas, el Tribunal Supremo español desestimó los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal: por una parte, declaró que no existía una situación de litispendencia internacional que diera lugar al conocimiento preferente por parte de los tribunales portugueses y, por otra, puso de manifiesto que no existía incompetencia por parte de los tribunales españoles para conocer del litigio, todo lo contrario. Vamos a analizar por separadas ambos aspectos, deteniéndonos en lo que consideramos de mayor trascendencia.

---

un día después al del inicio del seguido en España. Por su parte, en relación con las medidas provisionales, la Audiencia Provincial de Madrid, que había conocido del recurso de apelación previo, consideró que el demandado asumió la competencia del juzgado español por el hecho de otorgar poder *apud acta*, por proponer prueba y, de manera particular, por comparecer a la vista sin objetar litispendencia.

[49] Adviértase el dato que, al declararse la competencia de los tribunales, en este caso en virtud del artículo 8 del reglamento 22011/2003, es evidente que se trataba de un procedimiento sobre cuestiones de responsabilidad parental, y no de un procedimiento estrictamente de divorcio.

a) La litispendencia internacional

El Tribunal Supremo aclaró con carácter previo que si la excepción de litispendencia no es alegada por las partes "debe ser apreciada de oficio a lo largo de todo el procedimiento", ello siempre que el tribunal tenga noticia de la existencia de otro procedimiento, desvirtuándose con ello las alegaciones relativas a considerar la cuestión como novedosa por no haberse planteado en primera instancia,

> "pues el conocimiento de la Sala de la existencia de otro procedimiento sobre la misma cuestión obligaría a aplicar las reglas de la litispendencia para evitar resoluciones contradictorias"[50].

Las reglas relativas a la litispendencia pretenden evitar en la Unión Europea procesos paralelos ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudieran resultar de ellos[51]. De ahí que el artículo 19 del reglamento 2201/2003, tanto para las demandas de divorcio como para las de responsabilidad parental[52], establezca que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda debe suspender de oficio el procedimiento, en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Y así lo entendieron en el caso concreto los tribunales portugueses al archivar sus procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, y ello tras haberse declarado competentes los tribunales españoles.

No obstante lo indicado, el Tribunal Supremo ofreció una serie de razones adicionales, de gran interés, en orden al rechazo de la litispendencia:

1) se ha conseguido ya evitar procesos contradictorios, finalidad principal de la institución, habiendo sido los tribunales españoles los únicos que se han pronunciado sobre el fondo del asunto tras declararse competentes[53];
2) la litispendencia en demandas relativas a responsabilidad parental se debe valorar en relación con un procedimiento de la misma naturaleza, debiendo tener el mismo objeto y la misma causa (artículo 19.2 del reglamento)[54], sin embargo, el procedimiento origen del recurso es un procedimiento de divorcio iniciado el 24 de octubre

---

[50] Las palabras en cursiva del Tribunal Supremo son lo suficientemente claras, citándose al efecto las SSTS de 13 de marzo de 2012, 24 de enero de 2006 y 22 de marzo de 2006.

[51] SSTJCE de 9 de diciembre de 2003, 14 de octubre de 2007 y 9 de noviembre de 2010.

[52] Calvo y Carrascosa (2018), p. 245.

[53] Carecería de sentido reabrir a esas alturas en Portugal otro procedimiento de responsabilidades parentales cuando éstas ya han sido debidamente adoptadas por otro tribunal, y ello en relación con una situación que se remonta al año 2011.

[54] En los procedimientos de divorcio, por el contrario, lo que se requiere es que ambos lo sean entre las mismas partes, pero no se exige identidad en el objeto (artículo 19.1 del reglamento). Véase al respecto las SSTJUE de 6 de octubre de 2015 y de 16 de enero de 2019.

de 2011, debiendo ser comparado a efectos de litispendencia con el procedimiento de divorcio portugués al que se le dio curso un día después[55];

3) considerando la fecha de los respectivos procedimientos iniciados en España, según la acción de que se tratase, siempre ha sido anterior el procedimiento comenzado en España al que tiene lugar en Portugal, sin que ello se desvirtúe por el hecho de que la mujer solicitase la suspensión del procedimiento iniciado el 07 de julio de 2011 por estar en vías de acuerdo, pues ello no comportó negligencia alguna al utilizar una posibilidad prevista en la norma, al margen de que la suspensión fue por un muy breve plazo[56];

4) por último, se valoró en el caso la conducta del demandado en el procedimiento de medidas provisionales, quien acudió a la comparecencia prevista y no planteó en momento alguno la falta de competencia de los tribunales españoles, cosa que realizó con posterioridad en el procedimiento de divorcio origen del recurso de casación que analizamos, y sin que tampoco plantease en la comparecencia de medidas provisionales la existencia de otro procedimiento en Portugal.

Hemos de señalar que también en el auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2018 se planteó un asunto sobre litispendencia internacional. En este caso se discutió sobre si eran competentes los tribunales alemanes o los españoles para conocer de un procedimiento de divorcio de un matrimonio alemán, resolviendo la Audiencia Provincial a favor de la competencia de los tribunales españoles por aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003[57]. En relación con la litispendencia, se estableció que no se había acreditado, conforme al artículo 19 del reglamento, que la demanda formulada en Alemania lo hubiese sido con anterioridad a la presentada en España. El recurso de casación fue inadmitido dado que lo que el recurrente planteaba, poniendo en duda la residencia en España del demandante, era un tema de

[55] Sin embargo, el procedimiento español de medidas provisionales iniciado el 07 de julio de 2011 debería ser comparado a efecto de la litispendencia con el procedimiento portugués de 31 de agosto de 2011, siendo discutible que estas dos demandas tuviesen el mismo objeto y causa, pues, como indica el Tribunal Supremo en la sentencia en relación con tal procedimiento, "*en Portugal se solicitaba de forma principal la restitución de los menores a Portugal*".

[56] En la STJUE de 27 de marzo de 2019 se evidencia cómo el derecho de la Unión puede llegar a afectar a los derechos procesales de los Estados miembros en una cuestión tan íntimamente ligada a la regla *lex fori regit processum*, como es el lugar y los plazos de presentación de los escritos procesales. Con arreglo a la misma, el Tribunal impone acertadamente la regla de "equivalencia de efectos" a aquellos escritos procesales dirigidos a un órgano judicial que sean presentados ante un operador postal, sea o no el designado para prestar el servicio postal universal, salvo que exista una justificación objetiva basada en razones de orden público o de seguridad pública que impida su aplicación.

[57] En el caso constaba que la residencia habitual del matrimonio se encontraba en Lanzarote, siendo esa además la residencia del demandante en el momento de presentar la demanda, razón por la cual concurrían los presupuestos del artículo 3 a) 2.º del reglamento 2201/2003 para declarar la competencia de los tribunales españoles.

naturaleza probatoria que excedía del ámbito de la casación, puesto que la única finalidad perseguida por la recurrente era que se declarase la incompetencia de los tribunales españoles. Y para ello se utilizó el recurso de casación para sortear el obstáculo a que se enfrentaba, dado que la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal se encuentra condicionado a la admisión del recurso de casación cuando, como ocurría en el caso, la cuantía del recurso no excede de 600 000 euros o se hubiera tramitado por razón de la materia.

b) La competencia de los tribunales españoles

En el segundo motivo del recurso ante el Tribunal Supremo se denunció por el recurrente la no desestimación en la sentencia recurrida de la incompetencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer del litigio, invocándose a tal efecto los artículos 8.º y 10.º del reglamento 2201/2003[58]. Como puede observarse, la fundamentación se refirió a la cuestión de la "responsabilidad parental", ámbito donde los mencionados preceptos tienen aplicación. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo desestimó el motivo, abordando para ello el tema de la incompetencia en relación con ambos aspectos objeto del recurso, tanto el del divorcio como el de la responsabilidad parental. Veamos cómo dio respuesta al asunto en relación con los referidos aspectos.

Por lo que respecta al divorcio, se incidió en el carácter alternativo de los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, no ofreciendo duda la competencia de los tribunales españoles dado que, por razones laborales, se acreditó que la actora (extranjera extracomunitaria) tenía su residencia habitual en España en el año anterior a la presentación de la demanda.

Por lo que se refiere a la responsabilidad parental, que realmente es la que se invocó en el recurso (artículos 8.º y 10.º), se indicó que el artículo 12 del reglamento permitía la prórroga de la competencia a favor de los tribunales del Estado miembro en que ésta se ejercía con arreglo al artículo 3.º (divorcio) a los aspectos relativos a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda, en palabras del Tribunal,

> "cuando uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto al órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor".

Y en el caso concreto, el Tribunal Supremo valoró el hecho de que el recurrente aceptó la competencia en esta materia de los tribunales españoles al comparecer en su día a la vista de las medidas provisionales, sin cuestionarla.

---

[58] Básicamente el recurrente consideraba que los tribunales españoles carecían de competencia internacional al mantener que los menores tenían su residencia habitual en Portugal en el momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional (artículo 8 del reglamento).

Pero incluso si se estimase que dicha conducta del recurrente no pudiera ser considerada como sumisión en el procedimiento de divorcio (por ser distinto procedimiento, pese a que trae causa en él), entonces debería estarse a las reglas generales contenidas en los artículos 8.º, 9.º y 13 del reglamento. Y, según literalmente se indicó,

> "todas estas reglas, que atienden según el considerando 12 del Reglamento al interés superior del menor y en particular en función del criterio de proximidad, determinan la competencia de los tribunales *españoles*".

En efecto, el artículo 8.º atiende a la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Para el Tribunal Supremo es cierto que resultaría difícil determinar cuál era el lugar de residencia habitual de los menores (pues habían estado escolarizados tanto en España como en Portugal, estando el año 2010-2011 escolarizados en Portugal). Pero, para estos casos, el artículo 9.º prevé que el tribunal de la anterior residencia mantenga durante los tres meses siguientes al cambio de residencia competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictado en dicho estado miembro, con una excepción, en concreto, y según remarca el Tribunal Supremo,

> "que el titular del derecho de visita haya aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia",

circunstancia que, en efecto, aconteció en el caso. A mayor abundamiento, incluso para los supuestos en los que resulta difícil determinar cuál era la residencia habitual de los menores sobre la base del artículo 12 del reglamento, el artículo 13 establece que debe ser determinada por el lugar en el que el menor está presente, regla que nos lleva también en el caso a la competencia de los tribunales españoles[59].

Como ya apuntamos, el TJUE ha señalado que la "residencia habitual" debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares de cada caso. Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que permitan concluir que ésta no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional, y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en

[59] Ha se señalarse que la "residencia habitual" debe ser entendida en sentido diferente según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos: así, en materia de divorcio debe potenciarse la intención de las partes, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual a fin de facilitar el acceso a los tribunales; sin embargo, respecto a los supuestos de responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a una interpretación restrictiva o expansiva según aconseje en cada caso el interés superior del menor.

un entorno social y familiar. En particular deben considerarse la duración, regularidad, 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 y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado[60].

Por lo tanto, se concluyó que no se produjo infracción alguna de las normas de competencia del reglamento 2201/2003.

2. Competencia judicial y residencia habitual

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 se volvió a abordar otro interesante supuesto, en este caso, en torno al divorcio de un matrimonio compuesto por un marido de nacionalidad española y una mujer con doble nacionalidad, británica y egipcia. En este caso el marido presentó la demanda ante los tribunales españoles y la mujer rechazó tal competencia y defendió la de los tribunales de Dubái, pero sin que se llegase a producir actuación judicial alguna en el emirato árabe.

Tanto el Juzgado de primera instancia, donde la demandada promovió una declinatoria impugnando la competencia de los tribunales españoles, como la Audiencia Provincial, mantuvieron que debían conocer los tribunales españoles entendiendo en ambos casos que el marido tenía su residencia habitual en España en el momento de la interposición de la demanda, por lo cual, a tenor de los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, era evidente la jurisdicción de nuestros tribunales. En el fondo, la discusión fundamental, tanto en primera como en segunda instancia, giró en torno a la determinación de la residencia habitual del marido al momento de la presentación de la demanda. Éste defendió en todo momento que se encontraba en España, mientras que la mujer, por el contrario, mantuvo que tenía lugar en Dubái.

Para el Juzgado de primera instancia no pareció tampoco siquiera acreditarse, pese a la documentación aportada, que el demandante tuviese residencia habitual en Dubái. Incluso la mujer había presentado ante el mismo Juzgado una denuncia contra el demandante por la presunta comisión de un delito dentro del ámbito de la violencia de género, y en la declaración prestada en el referido procedimiento indicó que el demandante vivía entonces en Bilbao, y también hizo referencia al domicilio familiar que tenían en España[61]. De todo ello, se desprendió que el demandante tenía fijada su residencia en España, lugar también donde se encontraba la última residencia habitual de los cónyuges (en Villaviciosa, donde más tarde residiría la demandada). Este hecho constituye otro de los criterios para determinar la competencia a

[60] STJUE de 2 de abril de 2009, entre otras.

[61] Sin perjuicio de los desplazamientos del demandante a Dubái, lo cual no se pone en duda, debido a sus actividades profesionales o económicas en el citado país.

favor los tribunales españoles, encontrándose previsto en el artículo 3.1 del reglamento 2201/2003.

En segunda instancia la Audiencia Provincial mantuvo que la actividad empresarial principal del demandante se desarrollaba en España, lugar donde figuraba vinculado, de uno u otro modo, a once sociedades, constando acreditado que la mayor parte del tiempo permanecía en España. Además, los litigantes tenían un lugar de residencia en Villaviciosa. De manera difícil, por lo tanto, cabía afirmar que, con independencia del domicilio administrativo que pudiese figurar (la renovación del permiso de residencia del marido en Dubái se explicaba por razón del negocio que mantenía en dicho país), el lugar de residencia habitual, al menos del actor, se pudiese considerar que lo constituía dicho país, pues, ni de forma objetiva atendiendo al tiempo de permanencia en España, podía así afirmarse, ni tampoco desde una perspectiva subjetiva. Y ello teniendo en cuenta que, no sólo el centro de su actividad profesional lo constituía España, sino que, además, se constató que una gran parte de este tiempo estuvo aquí con su mujer, sin que ello pudiera explicarse con el argumento de que se trataba de simples estancias vacacionales, pues lo cierto es que las mismas se desarrollaron en muy diversas épocas del año y durante muy prolongados periodos de tiempo[62].

El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo a instancias de la mujer, quien interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal, y un recurso de casación, resultando ambos desestimados.

Los motivos del recurso extraordinario fueron dos:

1) se denunció infracción, por inaplicación, del artículo 22.3 de la LOPJ, al haberse atribuido la competencia a los tribunales españoles en aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003; y,
2) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (artículo 24 CE), al considerar la valoración de la prueba ilógica, arbitraria e irrazonable, y ello por llegarse a la conclusión de que la residencia habitual del marido y demandante estaba situada en España durante los 6 meses anteriores a la presentación de la demanda.

Por su parte, el recurso de casación se formuló por infracción, por indebida aplicación, del artículo 40 del *Código Civil*, en relación con el artículo 3.º del reglamento 2201/2003, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en

[62] Y todo ello frente a la pretensión de la demandada de que se declarase que el actor tenía residencia habitual en Dubái dado que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a tal país, donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el marido sería el mánager, cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada con otras sociedades que operan en Dubái. Alegaba además la mujer que su marido se encontraba inscrito en el consulado de Abu Dhabi como residente en Dubái, que renovó el 06 de abril de 2015 su solicitud de permiso de residencia a las autoridades de Dubái, que tenía una licencia de conducir expedida en marzo de 2010 en Dubái y licencias de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos a su nombre respecto de varios vehículos.

interpretación y aplicación de dicho precepto en lo que se refiere al concepto de "residencia habitual".

Expuesto el caso y sus antecedentes, vamos a abordar a continuación cómo resolvió el Tribunal Supremo las interesantes cuestiones sometidas a su consideración, desestimando al final los dos recursos formulados.

a) "Residencia habitual" y competencia de los tribunales españoles

Los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal se encontraban muy relacionados entre sí, pues en ambos lo que al final se pretendía era la declaración de la incompetencia de los tribunales españoles.

El Tribunal Supremo, por lógica, dio respuesta en primer lugar al segundo de los motivos, en el que se denunciaba que la valoración de la prueba había sido errónea, ilógica y arbitraria y, como consecuencia de ello, se había provocado indefensión a la mujer. Se indicó al respecto que la sentencia recurrida no negaba los hechos que la recurrente consideraba decisivos[63], lo que sucedía era que la recurrente discrepaba de la valoración que de los mismos se realizó. En realidad, lo que la recurrente impugnaba era la valoración jurídica realizada por la Audiencia Provincial para concluir que el demandante tenía su residencia en España, algo que no es propio del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la cual fue desestimado.

Respecto al primer motivo, que constituía el núcleo fundamental del recurso al abordarse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de divorcio, y en el cual la recurrente denunciaba infracción del artículo 22.3 de la LOPJ, por inaplicación, al haberse atribuido el conocimiento a los tribunales españoles en virtud del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, también fue desestimado por una serie de contundentes argumentos que desarrolló el Tribunal[64].

En primer término, el ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 viene regulado en sus artículos 6.º y 7.º, analizados al inicio del presente trabajo y, respecto a estos preceptos, la sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2007 declaró que deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio transfronterizo, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda

[63] Circunstancias como el hecho de la inscripción del marido en el registro consular de Dubái o la tenencia del permiso de residencia en dicho país.

[64] El Tribunal Supremo comenzó abordando esta cuestión recordando que se trataba de una materia que podría apreciarse de oficio, y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros contemplados en el reglamento 2201/2003 ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna (LOPJ).

si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3.º de dicho reglamento. La aplicación del artículo 7.º no depende de las circunstancias de la parte demandada, sino de que no resulte la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo a los artículos 3.º a 5.º del reglamento. Por ello, para apreciar si debía acudirse a la norma interna, la LOPJ, era necesario antes excluir que, por aplicación del artículo 3.º del reglamento, los tribunales españoles –o los de cualquier otro Estado miembro– pudieran conocer.

Los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, como puso de relieve la STS de 16 de diciembre de 2015, son de carácter alternativo, sin que exista jerarquía alguna entre ellos: basta con que concurra cualquiera de los allí establecidos para que los tribunales españoles resulten competentes. Y en relación con el caso, el apartado 1.a) del artículo 3.º establece que en los asuntos relativos al divorcio la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandante, en caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional de dicho Estado miembro. Por ello, partiendo de que en el caso la demanda la interpuso el marido, de nacionalidad española, la cuestión se centró en determinar si éste había residido en España al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, y de ahí la vinculación entre los diversos motivos del recurso[65].

Destaca sobre este particular el Tribunal que la sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2016, tras realizar unas afirmaciones de interés sobre la interpretación del artículo 3.º del reglamento, concluyó destacando la finalidad perseguida por este instrumento que, al establecer normas de competencia judicial internacional flexibles[66], tiene con ello en cuenta la cada día mayor movilidad de las personas y con ello protege también los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común pero garantizando en todo caso que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia[67].

---

[65] Es muy interesante lo que sostuvo el Tribunal Supremo en relación con el reproche genérico que formuló la mujer en el sentido de que este foro puede fomentar el *forum shopping*. Para el Tribunal ello no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de éstos resultase imprevisible para la mujer, ni que se encontrasen escasamente vinculados con el supuesto –por lo que el foro se pudiera considerar exorbitante– ni que, como consecuencia de ello, se le haya provocado una situación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

[66] Ha de advertirse que la referida sentencia del TJUE no dice realmente "normas de competencia judicial flexibles", sino que se refiere, de una manera totalmente errónea y lamentable, a "normas de conflicto flexibles" (apartado 50). Nos encontramos en el campo de la competencia judicial internacional (donde operan los foros) y no en el de la Ley aplicable (donde operan las normas de conflicto).

[67] STJCE de 29 de noviembre de 2007.

Resultando por lo tanto clave la determinación de la "residencia habitual" del marido a efecto de considerar de una forma válida la aplicación del artículo 3.º del reglamento 2201/2003, resalta el Tribunal Supremo que tal concepto ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros, debiéndose tener en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar.

Y en tal sentido, por "residencia habitual" debe entenderse, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia. Y ello también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia comparada: lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona[68]; esta residencia habitual no se exige que sea exclusiva, bastando un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar[69].

Pero el Tribunal tuvo claro que el marido tenía residencia habitual en España en el momento de la presentación de la demanda desde al menos 6 meses antes a la interposición de la demanda, tal y como resultaba de las circunstancias acreditadas en la instancia. La residencia habitual en España en el sentido requerido por el reglamento 2201/2003 como centro social de vida y lugar en el que el interesado ha fijado de manera voluntaria su centro de intereses no quedó desvirtuada, ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues ese dato no hacía de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino sólo en sentido formal y administrativo; lo decisivo fue el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges[70].

En consecuencia, a la vista de los firmes argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, es evidente que los tribunales españoles sí eran competentes en el caso para conocer del litigio de divorcio en el momento que el marido interpuso la demanda.

---

[68] Cass. civ. Italia, 17 febbrario 2010 y 25 giugno 2010, n.º 15328.

[69] Cour de cassation française, 14 décembre 2005.

[70] Y tampoco pueden servir para desvirtuar el hecho de que la residencia habitual del marido se encontraba en España los artículos 68 y 69 CC., pues ni el deber de convivencia de los cónyuges, ni la presunción de convivencia allí recogidos, impiden que éstos puedan tener otro lugar en el que se encuentre su centro de intereses a efectos de identificar un lugar de residencia habitual. Ello es algo no extraño en las crisis matrimoniales internacionales y es confirmado por la amplitud de foros que ofrece el artículo 3 del reglamento 2201/2003 e, incluso dentro de nuestro ordenamiento interno, por el artículo 769 LEC.

b) "Residencia habitual"
versus artículo 40 CC

En último término se denunciaba por la mujer en su recurso de casación la infracción del artículo 40 CC, por entender que la previa sentencia de la Audiencia Provincial había interpretado de forma incorrecta el concepto de residencia habitual, lo que le habría llevado a aplicar de manera indebida el artículo 3.a) del reglamento 2201/2003 para al final declarar, de manera incorrecta a su juicio, la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio[71].

Para el Tribunal Supremo, en realidad, la regulación del domicilio como residencia habitual no era la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto, esto es, al divorcio de las partes, sino en todo caso la norma que, al definir el domicilio civil como el lugar de residencia habitual de una persona, podría servir para integrar la de competencia internacional. Como la única finalidad perseguida por la recurrente era que se declarase la incompetencia de los tribunales, da la impresión de que lo que pretendía al interponerse el recurso de casación era sólo sortear el obstáculo al que se enfrentaba en este trance al plantear esta cuestión exclusivamente mediante el oportuno recurso de infracción procesal[72].

A mayor abundamiento, el presente motivo se desestimó porque, como hemos visto antes al abordar el recurso de infracción procesal, el concepto de residencia habitual del reglamento 2201/2003 no nos remite a la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al derecho interno de cada Estado miembro, sino que es un concepto propio y autónomo del citado reglamento. Por ello, sería irrelevante, aunque fuera cierta, la supuesta interpretación del domicilio civil contenida en el artículo 40 CC que por error atribuyó la recurrente al Tribunal Supremo[73], en el sentido de atribuir al padrón municipal (o, en su caso, a la inscripción del marido en el registro consular en Dubái) el valor de desvirtuar la realidad objetiva de una residencia habitual, que constituía una situación fáctica por encima de registros formales.

Y además se destacó, por último, que el derecho español parte, a la hora de fijar el domicilio de las personas físicas, de un criterio realista o fáctico, al definirlo en el artículo 40 CC como el lugar donde se encuentra su residencia habitual. Y en relación con ello, el Tribunal Supremo, ha declarado con rei-

[71] El artículo 40 CC, en su apartado primero, establece que "para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil". Es decir, en el ordenamiento español, y a los efectos indicado, el concepto de "domicilio" se equipara al de "residencia habitual".

[72] Téngase en cuenta que, conforme a la regla 5ª de la disposición final 16ª LEC, la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionada a la admisión del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no exceda de 600 000 euros o se haya tramitado por razón de la materia, como acontecía en el caso.

[73] Citando al efecto una jurisprudencia consolidada y ancestral del propio Tribunal Supremo, muy formalista, pero no aplicable al caso.

teración que, con carácter general, ha de atenderse por tal al lugar donde se reside con habitualidad, lo cual equivale al domicilio real o efectivo, el lugar donde de una manera constatable por los hechos se materializa la voluntad de la persona de permanencia en un determinado espacio territorial[74].

3. Competencia judicial, apreciación de oficio y alimentos

En la reciente sentencia de 17 de febrero de 2021 (sala de lo civil), el Tribunal Supremo abordó el divorcio de un matrimonio francés, con tres hijos –dos de ellos menores de edad–, que durante años había residido en España. La mujer interpuso una demanda de divorcio en España y, en el recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, entre otros motivos, el marido invocó la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de la materia económico matrimonial, atendiendo a la residencia de los menores y la madre en el momento de la interposición de la demanda (Francia).

El Tribunal Supremo criticó la confusión por parte del recurrente a lo largo de todo el procedimiento de dos aspectos que no deben ser mezclados: la competencia internacional, por un lado, y la ley aplicable, por otro. Es de destacar que el demandado no invocó en la instancia la falta de competencia de la jurisdicción española, limitándose a alegar en la audiencia previa ante el Juzgado que ello debería haber sido apreciado de oficio por el Tribunal al tratarse de una cuestión de orden público[75], sometiéndose al respecto al principio *iura novit curia*. Es interesante el caso dado que en el mismo se plantearon los diversos problemas que suelen acompañar a un divorcio: relaciones parentales, alimentos, régimen económico y consecuencias patrimoniales del divorcio; se trata de aspectos que, como ya hemos indicado, cada una tiene su propia regulación en cuanto a competencia judicial y determinación de la ley aplicable, dando lugar en muchos casos a la necesidad de conformar un muy complejo mosaico.

Y en relación con la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento del divorcio, el Tribunal Supremo manifestó que ello no había sido puesto en duda. En efecto, los cónyuges llevaban años residiendo en Gerona (España), lugar donde tenían su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda y donde, según estableció el Juzgado,

[74] De tal manera que el único domicilio que la ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 CC, como "el lugar de la residencia habitual", sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas a otros efectos (doctrina reiterada en las SSTS de 15 de noviembre de 1991, 13 de julio de 1996 y 22 de marzo de 2001).

[75] Invocaba a tal efecto el recurrente el artículo 416.2 LEC según el cual: "En la audiencia (previa), el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley", aunque ello se entiende "sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia".

seguía residiendo el marido. En tal caso, siendo de aplicación el reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (que sabido es que sólo se aplica a la disolución del matrimonio), su artículo 3.º precisa que, entre otras posibilidades, serán competentes para conocer del divorcio 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 todavía uno resida allí, o el lugar de residencia habitual del demandado. Es decir, en el caso concreto todos los referidos criterios atribuirían el conocimiento a los tribunales españoles.

Sin embargo, para determinar la posible competencia de los tribunales españoles en relación con la pensión compensatoria reclamada por la mujer había de estarse al reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[76]. Pues bien, en el presente caso las partes no convinieron por escrito que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro fuesen competentes para resolver los conflictos de alimentos suscitados o que pudieran suscitarse entre ellos (*ex* artículo 4.1), razón por la cual, en defecto de sumisión expresa o tácita, podían conocer los tribunales del Estado miembro correspondiente a la residencia habitual del demandado, a la residencia habitual del acreedor de alimentos o los competentes para conocer de una acción relativa al divorcio (artículo 3.º, letras a, b y c), criterios todos que conducían en el caso a la atribución del conocimiento a los tribunales españoles para el tema de la pensión compensatoria reclamada por la mujer.

En definitiva, el recurso por infracción procesal fue desestimado por el Tribunal Supremo dado que, por una parte, la sentencia recurrida ya se había pronunciado sobre la competencia de los tribunales españoles para conocer sobre el divorcio, no existiendo incongruencia omisiva y, por otro, al considerar que los tribunales españoles eran competentes para resolver las cuestiones planteadas en la demanda, como hemos expuesto, no resultaron infringidas las normas reguladoras.

Conclusiones

1) Hemos tenido ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo cómo el divorcio transfronterizo es una realidad en nuestros días que conlleva serios problemas propios en el ámbito jurisdiccional que merecen un tratamiento especial, el cual debe venir de la mano

[76] Ha de señalarse que el concepto de "pensión compensatoria" se incluye dentro de la noción de "obligaciones de alimentos" del reglamento 4/2009. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 06 de marzo de 1980, asunto C-120/79, D. C.; de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/95, B.; y, de 20 de marzo de 1997, asunto C-295/95, J. F.

de la cooperación entre Estados, bien a nivel de organizaciones territoriales supraestatales de organización, como puede ser la Unión Europea en el caso español, bien mediante tratados internacionales, que, por desgracia, son poco frecuentes en este ámbito al seguir los Estados siendo reacios a ceder parte de su soberanía en el ámbito de la competencia judicial.

Tales instrumentos han de corregir disfunciones como son los fenómenos del *race to the courts* o del *forum shopping*, habilitando las soluciones más razonables y objetivas para cada supuesto, evitando que puedan producirse situaciones ventajosas injustificadas para una de las partes en litigio. En la Unión Europea ello se ha logrado en gran medida gracias a las regulaciones contenidas en los reglamentos 2201/2003 y 1259/2010, complementario uno del otro, regulando de manera acertada tanto competencia judicial como ley aplicable al divorcio, respectivamente, siempre bajo el paraguas del principio de proximidad (*most real connection*). Con ello se evita encontrarnos con las llamadas "resoluciones claudicantes", válidas en unos países y sin producir efectos en otros, y que tantos problemas plantean en la práctica del tráfico jurídico en materia de familia.

2) Hemos tenido ocasión de comprobar cómo contamos con una adecuada regulación supraestatal en lo que se refiere a la institución de la "litispendencia internacional", situación nada extraña en relación con los divorcios, dada la posibilidad real de presentar demandas ante los tribunales de más de un Estado a la vista de la amplitud y alternatividad que caracteriza a los foros del artículo 3.º del reglamento 2201/2003. Ello, en combinación con la práctica del *rush to the courts*, da lugar a tener que determinarse cuál será el tribunal que deberá declararse competente para el conocimiento del procedimiento. Una acertada regulación, que da debida solución a esta situación, la encontramos en el artículo 19 del reglamento 2201/2003, aunque su aplicación se refiere sólo a los litigios intracomunitarios.

3) Hemos visto cómo la regulación supraestatal sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio, encabezada por los instrumentos de la Unión Europea, es siempre de aplicación preferente a la contenida en la legislación interna de los Estados miembros, siendo en el caso español las normas de la LOPJ muy poco aplicadas en la actualidad, quedando relegadas a un segundo plano. Y si la jurisprudencia española, en particular la jurisprudencia menor de la Audiencias Provinciales, en un principio obviaba la aplicación del reglamento 2201/2003 a la hora de fijar la competencia internacional de los tribunales españoles, en particular cuando el divorcio afectaba exclusivamente a nacionales de terceros Estados, aplicando de una manera cuasi automática el artículo 22 de la referida ley, por suerte dicha práctica se ha ido corrigiendo y, en la actualidad, la aplicación

de la norma interna en esta materia ha quedado en una situación casi testimonial. En este sentido, ejemplar por su argumentación y claridad ha sido la doctrina contenida en la reciente STS de 21 de febrero de 2021.

4) En la práctica del Tribunal Supremo español relativa a la vigente regulación de la competencia judicial internacional contamos con varias sentencias que han abordado la materia respecto a divorcios transfronterizos en el marco de la actual regulación comunitaria encabezadas por el reglamento 2201/2003.

5) La STS de 16 de diciembre de 2015 resolvió un conflicto donde se decantó por la preferencia de los tribunales españoles frente a los portugueses en relación con un divorcio de nacionales de este último país. Estamos ante un claro supuesto de litispendencia, la cual puede incluso apreciarse de oficio por el tribunal, con origen en un evidente supuesto de *race to the courts*, donde además aparecían cruzados tanto procedimientos sobre divorcio como sobre cuestiones de responsabilidad parental (guarda y custodia). El Tribunal Supremo realizó un acertado manejo de las normas del reglamento 2201/2003 para llegar a la conclusión de la procedencia del conocimiento por parte de los tribunales españoles. A tal fin hizo valer un concepto realista de "residencia habitual", que constituye el núcleo central del foro contenido en el artículo 3.º del reglamento, concepto de naturaleza fáctica sobre el más jurídico del domicilio, y para ello se apoyó en la sólida jurisprudencia ya existente al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referida en el trabajo.

6) El Tribunal Supremo se refirió más tarde también a esta cuestión en el auto de 12 de diciembre de 2018, donde, en la disputa sobre la competencia de los tribunales alemanes o españoles para conocer del divorcio de un matrimonio de nacionales alemanes, se había declarado con anterioridad la competencia de los últimos dada la residencia habitual del demandante en España en el momento de interponer la demanda. Pero en este caso el recurso de casación no fue admitido, dado que no cabía discutir en su seno sobre la certeza o no de la residencia habitual del demandante en España, cosa que ya había quedado fijada por el tribunal que conoció en la instancia. Es clara la conexión que aparece en estos casos entre la litispendencia y la competencia, apareciendo ambas entrelazadas y siendo la segunda una condición para la resolución de la primera cuestión, pues es evidente que, sin competencia por parte de alguno de los tribunales estatales implicados, el tema de la litispendencia queda decantada de manera diáfana a favor del tribunal que sí la tuviera.

7) En la STS de 21 de noviembre de 2017 se volvió a plantear una disputa en torno a la competencia de los tribunales españoles para conocer de un divorcio, en este caso entre un nacional español y una nacional

británica-egipcia. En el fondo, la discusión giró de nuevo en torno a la determinación de la residencia habitual del marido al momento de la presentación de la demanda, pues fue éste el elemento que determinó la competencia de los tribunales españoles al amparo del artículo 3.º del reglamento 2201/2003. Como hemos visto, el concepto de residencia habitual es fáctico, y por tal debe entenderse, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el "lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses".

Es interesante resaltar de esta resolución del Tribunal Supremo el correcto manejo que realizó en la aplicación de las normas supraestatales (artículo 3.º del reglamento 2201/2003) frente a la norma de producción interna (artículo 22.3 LOPJ), determinándose la aplicación de la primera dado que no concurrían los requisitos que el propio reglamento exige para que se puedan aplicar las normas internas de competencia judicial.

8) Por último, la STS de 17 de febrero de 2021, última sentencia donde hasta la fecha ha conocido el Tribunal Supremo de un asunto sobre competencia y divorcio internacional, ha tenido ocasión de volver a aplicar el reglamento 2201/2003 para, en atención a los foros de su artículo 3.º, confirmar la competencia de los tribunales españoles para conocer del divorcio de unos nacionales franceses que habían residido habitualmente en España junto a sus hijos. De esta interesante resolución llama la atención, en particular, el acertado tratamiento que hace en relación con la aplicación coordinada de los reglamentos 2201/2003 y 4/2009, aplicables en materia de competencia al divorcio y a los alimentos, respectivamente. Es un tema no bien resuelto a veces por la jurisprudencia menor y, en definitiva, se trata de hacer coincidir ante un mismo tribunal estatal el conocimiento de los diversos aspectos que suelen acompañar a un proceso de divorcio, evitando la llamada "dispersión del pleito", lo cual a veces no resulta sencillo como hemos visto.

9) En definitiva, consideramos que el Tribunal Supremo español se ha movido con buena técnica dentro del instrumento supraestatal básico de aplicación en el sistema español de competencia judicial internacional, el reglamento 2201/2003, y ha resuelto con acierto las situaciones de litispendencia planteadas, dando prevalencia a las normas comunitarias. Y ello tanto en relación con la determinación de la competencia como a la solución del aspecto previo básico concerniente a la fijación de la "residencia habitual" de los demandantes, concepto éste nuclear en los foros del reglamento. Hoy en día podemos afirmar que en España se aplica con acierto la norma supraestatal que regula competencia judicial internacional, y para ello ha sido fundamental una debida concienciación por parte de los jueces y magistrados. La STS de 17 de febrero de 2021 podemos considerarla en este sentido como una auténtica obra maestra, y la

doctrina que contiene deberá servir a los jueces para en el futuro resolver con solvencia las principales cuestiones que se presentan en el marco de la litigación internacional en materia de familia.

10) Y todo ello, no lo olvidemos, en un marco donde el fenómeno del *forum shopping* ha quedado bastante debilitado entre los Estados miembros de la Unión Europea al designarse en la actualidad la ley aplicable al divorcio mediante el reglamento 1259/2010, instrumento que constituye una norma de conflicto uniforme y que posibilita que sea un único ordenamiento el que se va a aplicar al fondo del divorcio, y ello con independencia del Estado miembro donde se presente la demanda. No obstante, el fenómeno paralelo de la "carrera hacia el tribunal" se seguirá produciendo dada la naturaleza y amplitud de los foros contenidos en el artículo 3.º del reglamento. Si bien en el trasfondo no existirá la motivación de tratar de conseguir con ello la aplicación de una u otra ley de cara a la resolución sustancial del litigio, los motivos ahora deberán ser necesariamente otros.

Bibliografía citada

Álvarez González, Santiago (2019a). "Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (a propósito de la STJCE de 16 de junio de 2009)". *Diario La Ley*, n.º 7312, 30 de diciembre.

Álvarez González, Santiago (2019b). "Litispendencia, reconocimiento y orden público: Comentario breve a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2019, Asunto C-386/17: Liberato". *La Ley Unión Europea*, n.º 86, marzo.

Arenas García, Rafael (2004). *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español.* Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Azcárraga Monzonís, Carmen y Pablo Quinzá Redondo (2018). "Cambio de apellidos y otros efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 319/2017, de 14 de septiembre". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2.

Bonomi, Andrea (2001). "Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di postestà dei genitori". *Revista de Derecho Internacional*, n.º 2.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascosa González (2018). *Derecho Internacional Privado (V.II).* 16ª edición. Granada: Comares.

Campo Izquierdo, Ángel Luis (2019). "La determinación de la competencia en los procesos de familia con elemento extranjero". *Actualidad Civil*, n.º 10, octubre.

Carrascosa González, Javier (2004). "Crisis matrimoniales internacionales y dispersión del pleito", en Calvo Caravaca y Castellanos Ruiz (dirs.). *El Derecho de familia en el siglo XXI: aspectos internacionales.* Madrid: Colex .

Esplugues Mota, Carlos (2002). *El divorcio internacional: Jurisdicción, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo (2020). *Derecho internacional privado.* 12º edición. Navarra: Aranzadi.

Guzmán Peces, Montserrat (2019). "Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares". *Diario La Ley Unión Europea*, n.º 67.

Maseda Rodríguez, Javier (2019). "Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 1.

Palao Moreno, Guillermo (2018). "La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II bis. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 1.

Pérez Martín, Lucas Andrés (2018). "Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de Derecho de familia y sucesiones". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 18.

Pérez Martín, Lucas Andrés (2020). "Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo, comentario a la sentencia de 24 de julio de 2019 de la sección segunda de la AP de Girona", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1.

Rodríguez Benot, Andrés (2020). "Introducción al Derecho internacional privado", en Andrés Rodríguez Benot (coord.). 7ª edición. *Manual de Derecho internacional privado.* Madrid: Tecnos.

Sánchez Jiménez, María Ángeles (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable).* Navarra: Aranzadi.

Sánchez Jiménez, María Ángeles (2015). "Decisión de la High Court de Londres, Family Division, relativa a la atribución fraudulenta de competencia a los Tribunales ingleses en ciento ochenta casos de divorcio". *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1.

Sánchez Jiménez, María Ángeles (2020). "Alcance de la operatividad de los foros de competencia de las legislaciones de los Estados miembros en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial. La clarificación introducida por el artículo 6 del Reglamento (UE) 2019/1111". *Bitácora Millennium*, n.º 12.

Torralba Mendiola, Elisa (2018). "La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio: Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 106.

Vidal Cardona, Ana María (2009). "Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios". *Revista de Derecho de Familia*, n.º 42.

Zarraluqui Navarro, Elena (2017). "Estrategias procesales en las crisis matrimoniales transfronterizas, utilidad de los instrumentos comunitarios", en

Carmen Otero García-Castrillón (dir.). *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro.* Madrid: Dykinson.

Normas citadas

Real Decreto de 24 de julio de 1889, *Código Civil. Boletín Oficial de Estado* A-1889-4763.

Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 203, 25 de agosto de 1987.

Constitución española de 1978. BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley orgánica 6/1985, de 01 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado* n.º 157, 02 de julio de 1985.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 7, 08 de enero de 2000.

Reglamento (CE) 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. *Diario Oficial de la Unión Europea* L-338, 23 de diciembre de 2003.

Reglamento (CE) n.º 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L-324, 10 de diciembre de 2007.

Reglamento (CE) n.º 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. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 7, 10 de enero de 2009.

Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. *Diario Oficial de la Unión Europea* L-343/10, 29 de diciembre de 2010.

Ley 15/2015, de 02 de julio, de la jurisdicción voluntaria. *Boletín Oficial del Estado* n.º 158, 03 de julio de 2017.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación judicial internacional en materia civil. *Boletín Oficial del Estado* n.º 132, 31 de julio de 2015.

Reglamento (UE) n.º 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 183, 08 de julio de 2016.

Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsa-

bilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º 178, 02 de julio de 2019.

Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal Supremo (1991): de 15 de noviembre de 1991, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1991/8117.

Sentencia del Tribunal Supremo (1996): de 13 de julio de 1996, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 1996/5583.

Sentencia del Tribunal Supremo (2002): de 22 de marzo de 2001, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2001/4756.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1980): de 06 de marzo de 1980, C-120/79, D.C, en ECLI:EU:C:1980:70.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997): de 27 de febrero de 1997, C-220/95, B., en ECLI:EU:C:1997:91.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997): de 20 de marzo de 1997, C-295/95, F., en ECLI:EU:C:1997:168.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (2003): de 09 de diciembre de 2003, C-116/02, *G.*, en ECLI:EU:C:2003:657.

Cour de cassation française (2005), *Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951.*

Sentencia del Tribunal Supremo (2006): de 24 de enero de 2006, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2006/2652.

Sentencia del Tribunal Supremo (2006): de marzo de 2006, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2006/2315.

Sentencia del Tribunal Supremo (2007): de 14 de octubre de 2007, C-39/02, *Mærsk Olie* & *Gas,* en ECLI:EU:C:2004:615.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007): de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, S.L., en ECLI:EU:C:2007:740.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009): de 02 de abril de 2009, C-523/07, A., en ECLI:EU:C:2009:225.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009): de 16 de julio de 2009, C-168/08, H., en ECLI:EU:C:2009:474.

Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbrario 2010, n. 368.

Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010): de 09 de noviembre de 2010, C-296/10, P., en ECLI:EU:C:2010:665.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010): de 22 de diciembre 2010, Asunto C-497/10 PPU, M., en ECLI:EU:C:2010:829.

Sentencia del Tribunal Supremo (2012): de 13 de marzo de 2012, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2012/8351.

Sentencia del Tribunal Supremo (2013): de 13 de marzo de 2013, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2012/8352.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015): de 06 de octubre de 2015, C489/14, en ECLI:EU:C:2015:654.

Sentencia del Tribunal Supremo (2015): de 16 de diciembre de 2015, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2015/6185.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2016): de 13 de octubre de 2016, C-294/15, M., en ECLI:EU:C:2016:772.

Sentencia del Tribunal Supremo (2017): de 11 noviembre de 2017, sala de lo civil, en *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia* 2017/5094.

Auto del Tribunal Supremo (2018): de 12 de diciembre de 2018, Roj: ATS 13314/2018, en ECLI: ES:TS:2018:13314A.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019): de 16 de enero de 2019, C386/17, L., en ECLI:EU:C:2019:24.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019): de 27 de marzo de 2019, C-545/17, M.P./P.K.R., en ECLI:EU:C:2019:260.

Auto Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda (2019): de 22 de mayo de 2019, en ROJ: AAP B 3108/2019 - ECLI: ES:APB:2019:3108A.

Sentencia Audiencia Provincial de Toledo, sección primera (2020): de 03 de marzo de 2020, en ROJ: SAP TO 545 2020 – ECLI: ES:APTO:2020:545.

Auto Audiencia Provincial de Oviedo, sección cuarta (2020): de 25 de mayo 2020, en ROJ: AAP O 451/2020 - ECLI: ES:APO:2020:451A.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, sección décimo segunda (2021): de 29 de marzo de 2021, en ROJ: SAP B 4500/2021 - ECLI:ES:APB:2021:4500.

V. v. V.. Supreme Court UK (2020): 01 de julio de 2020, Case ID: UKSC 2018/0114.

Sentencia del Tribunal Supremo (2021): de 17 de febrero de 2021, sala de lo civil, en ECLI:ES:TS:2021:532.

Siglas y abreviaturas

ATS	Auto Tribunal Supremo
AAP	Auto Audiencia Provincial
BOE	*Boletín Oficial del Estado*
Cass. civ.	Cassazione civile
CC	*Código Civil*
CE	*Constitución española*
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
coord.	Coordinador

DOUE	*Diario Oficial de la Unión Europea*
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
ed.	Edición
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
p.	Página
pp.	Páginas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea