

C-501/20

1



Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459
FAX: 938294466
EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0811342120198056394

Recurso de apelación 1395/2019 -E

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Manresa
Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 166/2019

Parte recurrente/Solicitante: M P A
Procurador/a: Jesus Bley Gil
Abogado/a: Aurora Lopez Jimenez

Parte recurrida: LC D N M T
Procurador/a: Esther Ramos Montero
Abogado/a: Cristina Martínez Jorba

Raquel Rojo Vega , la Letrada de la Administración de Justicia del Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil, doy fe que en las actuaciones Recurso de apelación 1395/2019, que se tramita en este Órgano judicial a instancia de M. P A contra LC. D N M T sobre Proceso especial contencioso divorcio, se ha dictado una resolución, que es firme y que contra ella no cabe recurso alguno, cuyo contenido es el siguiente:

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459
FAX: 938294466
EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0811342120198056394

Recurso de apelación 1395/2019 -E

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Manresa
Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 166/2019

Parte recurrente: M P A

Procurador: Jesus Bley Gil
email:procurador@jesus-bley.com
telef.600586909

Abogada: Aurora Lopez Jimenez

a.lopez@aljabogados.com

Telef. 93 664 57 35

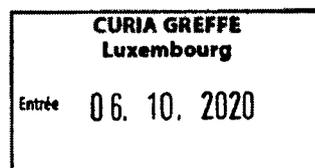
Parte recurrida: LC D N M T

Procuradora: Esther Ramos Montero
email: eramos@procuradoramanresa.com
telef. 636416989

Abogada: Cristina Martínez Jorba

cmartinez@tamboreroabogados.com

Telef. 932098958





AUTO (CUESTIÓN PREJUDICIAL)

Magistrados

D. Francisco Javier Pereda Gàmez

D^a. Ana Maria García Esquiús

D^a. Dolors Viñas Maestre (Ponente)

Barcelona a 15 de septiembre de 2020

De conformidad con los artículos 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE»); 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), y 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante «LOPJ») resulta preciso que el TJUE interprete los artículos 3 y 8 y en su caso 6, 7 y 14 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en material matrimonial y de responsabilidad parental; y arts. 3 y en su caso 7 del Reglamento n. 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 a cuyo fin se plantea la siguiente cuestión prejudicial.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El objeto del litigio



1.1.- En fecha 6 de marzo de 2019 la representación procesal de M P A presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de Manresa (Barcelona) demanda de disolución por divorcio del matrimonio contraído con L C DAS N M T. En la demanda solicita el divorcio de los cónyuges y la disolución del régimen económico matrimonial, el régimen y forma de ejercicio de la guarda y de las responsabilidades parentales de los hijos menores, pensión de alimentos para los hijos y uso de la vivienda familiar sita en

Lomé- Togo. Solicita Medidas Provisionales.

1.2.- Por Resolución de 3 de junio de 2019 se admite a trámite la demanda y se emplaza al demandado que contesta y formula declinatoria por falta de competencia internacional. Sostiene que los Tribunales españoles no son competentes para conocer del procedimiento.

2.- Los hechos que han dado lugar al litigio

2.1. Los litigantes contrajeron matrimonio el 25 de agosto de 2010 en la Embajada de España en Guinea Bissau (Africa). El matrimonio esta inscrito en el Libro de Registro Civil Consular de Guinea Bissau. Tienen dos hijos nacidos el 10 de octubre de 2007 y el 30 de julio de 2012 en Manresa (Barcelona). La esposa es de nacionalidad española. El esposo es de nacionalidad portuguesa. Los hijos tienen nacionalidad española y portuguesa.

2.2.- Los esposos residieron en Guinea Bissau desde agosto de 2010 hasta febrero de 2015 y a partir de dicha fecha se trasladaron a la República de Togo. La separación de hecho se produjo en el mes de julio de 2018. La vivienda conyugal está en Togo, Después de la separación de hecho la madre y los hijos menores siguen residiendo en el domicilio conyugal y el esposo reside en un bungalow del Hotel Sarakawa, Boulevard Du Mono, Lome, Togo.

2.3.- Ambos cónyuges son trabajadores de la Comisión Europea en su Delegación en Togo. Su categoría profesional es la de agentes contractuales.

2.4.- Los documentos aportados prueban que los agentes contractuales por el



vínculo contractual con la Comisión Europea no adquieren la condición de diplomático de un Estado miembro. Los agentes contractuales en el país de destino tienen la condición de agentes diplomáticos de la Unión, pero en los Estados miembros de la UE se consideran solo agentes de la Unión. Disfrutan de una condición diplomática cuya validez se restringe al país de residencia y durante el periodo de asignación.

2.5. El Juzgado de Primera Instancia de Manresa ha dictado Auto el 9 de septiembre de 2019 que estima la declinatoria por falta de competencia interpuesta por el esposo y declarará la incompetencia internacional para conocer del procedimiento. El Juzgado de Primera instancia fundamenta su decisión en que no hay residencia habitual en España. La esposa ha interpuesto un recurso de apelación contra el Auto que corresponde conocer a la Audiencia Provincial.

3.- La posición de las partes respecto de la cuestión litigiosa

3.1.- La esposa afirma que ambos cónyuges gozan de estatus diplomático como agentes de la UE acreditados en los países de destino y que dicho estatuto es concedido por el país de acogida y se hace extensivo a los hijos menores. Aporta como documentos el "Laissez-passer" que califica como pasaporte diplomático y tarjetas diplomáticas de ella y de sus hijos expedidas por la autoridad Africana. Sostiene que la competencia para conocer del divorcio, de la responsabilidad parental y de los alimentos se determina conforme a los Reglamentos de la UE por la residencia habitual y que la residencia habitual no es el lugar donde actúa en calidad de funcionaria de la UE sino en la anterior a dicho estatus que fue España.

Invoca el Código Civil Español, art. 40. Alega inmunidad en virtud del Convenio de Viena (art. 31) y que no pueden litigar en Togo. Afirma que las peticiones formuladas no se encuentran dentro de las excepciones del art. 31 de la Convención de Viena.

3.2.- En el recurso aporta una carta del Encargado de Negocios de la UE ante la República togolesa y la lista diplomática de la Delegación de la Unión Europea



en Togo en la que aparecen los cónyuges. Aporta un certificado emitido por el Servicio de Acciones Exteriores de la UE que indica que un agente contractual, por el mero vínculo contractual con la Comisión Europea, no adquiere la condición de diplomático de un Estado miembro. En el país de destino (Togo), los agentes contractuales tienen la condición de agentes diplomáticos de la Unión, pero en los Estados miembros de la UE se consideran solo agentes de la Unión. Disfruta de una condición diplomática cuya validez se restringe al país de residencia y durante el periodo de asignación. Invoca el *fórum necessitatis* y expone la situación en la que se encuentran los Juzgados togoleses. Aporta Informes elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas. Un informe de fecha 17 de agosto de 2016, Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las NU, en el apartado referente a la Administración de Justicia se recoge la observación de falta de capacitación adecuada y continua de los magistrados, y la persistencia de un clima de impunidad por las violaciones de los derechos humanos. Un informe de 22 de agosto de 2016, Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el apartado referente a la Administración de Justicia se indica la necesidad de reformar y reforzar el sector de la Justicia, la preocupación de que la independencia del poder judicial, el acceso a la justicia y la impunidad por las violaciones de los derechos humanos se plantean como principales dificultades del proceso de transición y democratización; recoge la observación a raíz de la visita al Togo en 2013 por la Alta Comisionada de las NU para los Derechos Humanos de que agentes sin acreditación jurídica actuaban en los juzgados como intermediarios entre algunos jueces y litigantes, hecho considerado propiciador de prácticas corruptas; recoge que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó al Togo a que garantizara el acceso efectivo de las mujeres a los tribunales con recomendaciones concretas en los casos de violencia.

3.3.- El esposo afirma que ninguno de los dos cónyuges ejerce función diplomática de sus respectivos países, España y Portugal, sino que son trabajadores de la Comisión Europea en su Delegación en Togo con una relación



laboral. Son agentes contractuales. Afirma que el "Laissez-passer" no es un pasaporte diplomático sino un salvoconducto o documento de viaje válido dentro del territorio de terceros países no pertenecientes a la Unión Europea. Afirma que no es aplicable el Convenio de Viena, que no puede alegar inmunidad diplomática, que se aplica el Protocolo n. 7 sobre privilegios e inmunidades de la UE aplicable exclusivamente a actos realizados en su capacidad oficial, que la residencia habitual es Togo y solicita que se declare que los Tribunales españoles no son competentes en virtud de los Reglamentos aplicables.

3.4.- En la oposición al recurso aporta nota de la embajada en la que se afirma que un agente contractual destinado a una delegación de la Unión Europea disfruta de una condición diplomática cuya validez se restringe al país de residencia y durante el periodo de asignación; recibe el título de agregado o agregado adjunto; nunca disfruta de los títulos diplomáticos de otros miembros; no puede ser considerado como un diplomático de un Estado miembro.

4.- La tramitación de la cuestión prejudicial

4.1.- De acuerdo con el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), mediante providencia de 22 de julio de 2020, se dio audiencia a las partes por plazo común de 10 días a fin de que formularan alegaciones sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE conforme al artículo 267 TFUE,

4.2.- En particular, se recabó la opinión de las partes en torno a la interpretación de los preceptos que regulan la determinación de la competencia en los Reglamentos en relación a la condición que ostentan los litigantes como trabajadores de la Unión Europea y el concepto de residencia habitual (arts. 3 y 8 Reglamento 2201/2003; art. 3 Reglamento 4/2009 y art. 5 Reglamento 1103/2016); a la interpretación de los artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003 en relación a la procedencia de aplicar el derecho interno del Estado para determinar la competencia en materia de divorcio; y en su caso a los presupuestos necesarios para la aplicación del *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento 4/2009.



4.3.- La parte demandante con relación a la cuestión prejudicial presentó escrito el 31 de julio de 2020 manifestando el sometimiento a la decisión de la Sala en relación a la solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial interesando que se den por reproducidos los argumentos esgrimidos en el escrito de impugnación a la declinatoria y posterior recurso de apelación.

4.4 La parte demandada con relación a la cuestión prejudicial presentó escrito el 12 de agosto de 2020 en el que expone de nuevo los hechos; reitera sus argumentos en relación a la inexistencia de su condición de diplomáticos y de inmunidad; relaciona la normativa internacional que considera aplicable y solicita se planteen como cuestiones al TJUE las que en síntesis se relacionan: si los litigantes gozan de estatuto diplomático en sus respectivos Estados como agentes contractuales; en caso positivo el alcance objetivo de la inmunidad; en caso negativo si son competentes los tribunales de la República de Togo lugar donde se encuentra su residencia habitual y la de los hijos menores para conocer del divorcio, de la responsabilidad parental y de los alimentos; considera irrelevante la pregunta sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003 y se opone a la tesis del foro de necesidad

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La controversia jurídica desde la perspectiva del Derecho a la Unión Europea.

Para determinar la competencia internacional de los Tribunales para conocer del procedimiento de divorcio en el que también se solicitan medidas de responsabilidad parental, alimentos de hijos menores y disolución del régimen económico matrimonial hemos de acudir a tres Reglamentos de la Unión Europea: el 2201/2003, el 4/2009 y el 2016/1103. En los Reglamentos los fueros pivotan sobre dos conceptos fundamentales, el de residencia habitual y el de nacionalidad. El criterio principal de vinculación en este caso es el de residencia



hábitual. Los dos cónyuges son de nacionalidades diferentes (española y portuguesa) por lo que la determinación de la residencia habitual es esencial para que los tribunales españoles puedan declararse o no competentes. El concepto de residencia habitual se constituye como un elemento central en la determinación de la competencia y los Reglamentos no definen que se entiende por residencia habitual.

El TJUE no se ha pronunciado sobre el concepto de residencia habitual de los adultos en los supuestos de divorcio. Las sentencias dictadas se refieren al concepto de residencia habitual de los hijos menores concretamente las sentencias de 17-10-2018 (C-393/18), de 8-6-2017 (C-111/17); de 9-10-2014 (C-376/14); de 22-12-2010, (C-497/10) y la de 2-4-2009 (C-523/07). En dichas resoluciones y en referencia siempre a la residencia habitual de los hijos menores se señala que el Reglamento 2201/2003 no contiene ninguna definición del concepto de "residencia habitual"; que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, por lo que su determinación debe realizarse atendiendo al contexto en el que se insertan las disposiciones del Reglamento y al objetivo pretendido por éste, en especial al que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Atiende para la determinación de la residencia habitual de los hijos menores a muy diferentes factores o aspectos según los casos, fundamentalmente el lugar en el que el menor tenga una cierta integración social y familiar para lo cual tiene en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el Estado, aunque la duración de la presencia de la persona (el menor) en un determinado Estado no es, por sí sola, determinante para que dicha persona tenga residencia habitual en dicho Estado, puede tratarse de un indicio, pero que debe valorarse junto con otras circunstancias. También pueden tenerse en cuenta la nacionalidad del menor, las condiciones de escolarización y los conocimientos lingüísticos del menor, así como sus relaciones familiares y sociales y lo que se exige siempre es la presencia física del menor en algún momento en el Estado miembro.



No hay doctrina sobre el concepto de residencia habitual de los cónyuges para determinar la competencia para el divorcio. Tampoco sobre la residencia habitual de los menores en el supuesto contemplado, es decir, sobre la incidencia que en la determinación de la residencia habitual tiene el estatuto diplomático u otro análogo como el de las personas que están desempeñando funciones como trabajadores o agentes de la Unión Europea y que se encuentran desplazados en terceros Estados para el ejercicio de dichas funciones. Su presencia en dichos países tiene por causa y origen el ejercicio de funciones o trabajos por cuenta y para la Unión Europea.

2.- La normativa de la Unión Europea

2.1- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 47.

2.2.- Tratado de la Unión Europea, art. 19 3 b).

2.3.- Reglamento (CE) 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.

2.4.- Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

2.5.- Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 4 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.

3.- El derecho y/o la jurisprudencia nacional

3.1.- Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de Julio (BOE» núm. 157, de



02/07/1985). Norma interna que determina la competencia de los Tribunales Españoles.

3.1.1.- Artículo 22 *quáter*. Modificado por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio (BOE» núm. 174, de 22/07/2015).

“En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes: c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

3.1.2.- Artículo 22 *octies*. Introducido por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio (BOE» núm. 174, de 22/07/2015).

“1. No serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia (...)



3. (...) Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. (...)”.

3.2.- Código Civil Español (Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia BOE -A-1889-4763).

Título III “del domicilio” Art. 40. “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. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero que gocen del derecho extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español”

En este precepto funda la demandante la competencia de los tribunales españoles.

4.- Las dudas interpretativas sobre el derecho UE y la relevancia de la respuesta del TJUE.

4.1.- Sobre la no aplicación de conceptos jurídicos internos.

La Sala de esta Audiencia Provincial que plantea la cuestión entiende que no es aplicable en el presente supuesto el art. 40 del Código Civil Español en el que la demandante funda la competencia de los Tribunales españoles y que fija una ficción jurídica limitada a las personas que ejercen funciones diplomáticas. La demandante introduce en el proceso un concepto interno de domicilio. La doctrina del TJUE sobre residencia habitual de hijos menores de edad es clara al



señalar que el concepto de residencia habitual constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión y que no cabe aplicar el derecho interno de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance. Entendemos que no podemos determinar la competencia de los Tribunales españoles en base a una ficción jurídica establecida en nuestro derecho interno por lo que tampoco es preciso determinar si el estatuto o régimen contractual de los cónyuges se encuentra dentro del contenido objetivo de dicho precepto.

4.2.- Sobre el concepto de residencia habitual de los cónyuges para determinar la competencia para conocer de la petición de divorcio y de alimentos.

Al valorar cuál es la residencia habitual de los cónyuges que plantean el divorcio, nos encontramos con la necesidad de determinar, la temporalidad, habitualidad y estabilidad de la permanencia de los cónyuges en un país como Togo; para ello no podemos obviar que la permanencia (presencia física) en dicho país tiene una relación directa con el ejercicio de sus funciones como agentes contratados por la Comisión Europea y que es susceptible de variar por razón de dichas funciones y de las necesidades de la Comisión. En este sentido nos planteamos si su condición de trabajadores de la Unión Europea constituye un elemento determinante para considerar que no tienen su residencia habitual en Togo a los efectos del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y art. 3 del Reglamento 4/2009. También nos planteamos si la vinculación de la nacionalidad de la madre (española), su residencia anterior a la celebración del matrimonio en España, una nacionalidad de los hijos y lugar de nacimiento de los hijos (España) puede ser tenida en consideración para la determinación de la residencia habitual.

4.3.- Sobre el concepto de residencia habitual de los hijos menores.



Si la condición de trabajadores contractuales de la Unión Europea tiene incidencia en la determinación de la residencia habitual de los progenitores en el sentido de considerar que la estancia en Togo no es determinante para su fijación, nos planteamos si la residencia habitual que se derive de aquel estatuto afecta a la determinación de la residencia habitual de los hijos menores.

4.4.- Sobre la interpretación de los art. 6 7 y 14 del Reglamento 2201/2003.

Si la condición de trabajadores de la Unión Europea no tiene incidencia alguna en la determinación de la residencia habitual de los cónyuges en un Estado miembro, nos planteamos si debemos aplicar la cláusula residual del Reglamento 2201/2003, art. 7 para el divorcio y art. 14 para la responsabilidad parental. Y la incidencia que el art. 6 tiene en la aplicación de las cláusulas residuales.

Entiende la Sala que el art. 6 del Reglamento en la interpretación de un sector de la doctrina puede impedir en este caso la aplicación del art. 7 y también del art. 14 y en consecuencia la aplicación de las leyes internas sobre determinación de competencia para divorcio y para responsabilidad parental.

El demandado es de nacionalidad portuguesa, esto es, es nacional de un Estado miembro por lo que nos planteamos la duda de si, a tenor de lo dispuesto en el art. 6, solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro (en este caso, España) en virtud de los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento excluyendo la posibilidad de acudir a las normas internas de España como autorizan los arts. 7 y 14 del mismo, o si, por el contrario, la condición de nacional de un Estado miembro no excluye que pueda ser demandado conforme a las normas internas de otro Estado miembro, cuando conforme al Reglamento



no resulte competente ningún Estado miembro. Estamos ante un supuesto diferente del caso Sundelind (C-68/07) en el que el demandado no era nacional de un Estado miembro.

4.5.- Sobre la posible vulneración del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Nbs planteamos en un caso como este, en el que los cónyuges tienen vinculaciones fuertes con Estados miembros (nacionalidad, residencia anterior) si no sería contrario a la previsión del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales que el Reglamento 2201/2003 no permita la aplicación de las normas de derecho interno para determinación de la competencia del Estado o si aplicando dichas normas no resulta competente ningún estado miembro, cuando existen dudas fundamentadas sobre la imparcialidad o independencia de los tribunales del tercer Estado.

4.6.- Sobre la necesidad de determinar los presupuestos del *forum necessitatis* en el Reglamento 4/2009.

Si la condición de trabajadores de la Unión Europea no determina su residencia habitual en algún Estado miembro, y es de aplicación la cláusula residual, los tribunales españoles serían competentes para conocer sobre las medidas de responsabilidad parental en virtud de lo dispuesto en el art. 22 *quater* d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, por la nacionalidad española de la madre. No lo serían para conocer (del divorcio (art. 22 *quater* c) Ley Orgánica del poder Judicial).

Tampoco serían competentes para fijar alimentos a favor de los hijos en virtud del Reglamento 4/2009 que no contiene cláusula residual. Los tribunales



españoles serían competentes para adoptar medidas de responsabilidad parental pero no lo serían para fijar alimentos a favor de los hijos. La regla 3 d) no es aplicable porque la competencia se basa en la nacionalidad. Entendemos por tanto necesario que por parte del TJUE se concrete como debe interpretarse el *fórum necessitatis* del art. 7 de dicho Reglamento, qué presupuestos considera necesarios para entender que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulte imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación (en este caso Togo); si es preciso que se acredite por la parte haber presentado o intentado presentar el procedimiento en dicho Estado con resultado negativo y si por conexión suficiente con el estado miembro basta la nacionalidad de alguno de los litigantes.

4.7.- A tenor del conjunto de razonamientos jurídicos expresados, procede plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales que se transcribirán en la parte dispositiva de la presente resolución.

5.- Conveniencia de la tramitación de la cuestión prejudicial por el procedimiento de urgencia (PPU).

El procedimiento tiene por objeto la adopción de medidas, especialmente las relativas a la responsabilidad parental (guarda y régimen de comunicación) y alimentos de los hijos que por su especial naturaleza y trascendencia en la vida de los hijos menores de edad exige una resolución en breve plazo. El interés de los hijos menores tiene consideración primordial según la normativa internacional y la prioridad de dar satisfacción a dicho interés aconseja una respuesta pronta por parte del TJUE al objeto de que pueda resolverse lo antes posible sobre dichas medidas. La ausencia de resolución puede implicar un vacío jurídico en la vida de los hijos menores dejando el régimen de guarda y la cobertura económica de sus necesidades al albur de los acuerdos que de facto puedan alcanzar sus progenitores.

Por dicho motivo se solicita al TJUE que considere la conveniencia de tramitar la



cuestión prejudicial por el trámite de urgencia.

PARTE DISPOSITIVA

Primero.- Suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial.

Segundo.- Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Cómo debe interpretarse el concepto de "residencia habitual" del art. 3 del Reglamento 2201/2003 y del art. 3 del Reglamento 4/2009 de las personas nacionales de algún Estado miembro que permanecen en un tercer Estado por razón de las funciones que tienen encomendadas como agentes contractuales de la UE y que en el tercer Estado tienen reconocida la condición de agentes diplomáticos de la Unión Europea cuando su estancia en dicho Estado está vinculada al ejercicio de sus funciones que desempeñan para la Unión?
- 2) En caso de que, a los efectos del art. 3 del Reglamento 2201/2003 y art. 3 del Reglamento 4/2009, la determinación de la residencia habitual de los cónyuges fuera dependiente de su estatus como agentes contractuales de la Unión Europea en un tercer Estado ¿cómo afectaría a la determinación de la residencia habitual de los hijos menores conforme al art. 8 del Reglamento 2201/2003?
- 3) Para el caso de que se considere que los menores no tienen su residencia habitual en el tercer Estado, ¿puede tenerse en consideración la vinculación de la nacionalidad de la madre, su residencia en España anterior a la celebración del matrimonio, la nacionalidad española de los hijos menores y su nacimiento en España a efectos de determinación de la residencia habitual conforme al artículo 8 del Reglamento 2201/2003?
- 4) Para el caso de que se determine que la residencia habitual de los progenitores y de los menores no se encuentra en un Estado miembro, habida cuenta de que,



conforme al Reglamento 2201/2003 no existe ningún otro Estado miembro competente para resolver las pretensiones ¿impide la circunstancia de que el demandado sea nacional de un Estado miembro la aplicación de la cláusula residual de los artículos 7 y 14 del Reglamento 2201/2003?.

- 5) Para el caso de que se determine que la residencia habitual de los progenitores y de los menores no se encuentra en un Estado miembro, a los efectos de determinar los alimentos de los hijos, ¿como debe interpretarse el *fórum necessitatis* del art. 7 del Reglamento 4/2009 y en particular, qué presupuestos son necesarios para entender que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación (en este caso Togo)?; ¿es preciso que se acredite por la parte haber presentado o intentado presentar el procedimiento en dicho Estado con resultado negativo? y ¿basta la nacionalidad de alguno de los litigantes como conexión suficiente con el Estado miembro?
- 6) En un caso como este en el que los cónyuges tienen vinculaciones fuertes con Estados miembros (nacionalidad, residencia anterior) si mediante la aplicación de las normas de los Reglamentos no resulta competente ningún Estado miembro, ¿es ello contrario al art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales?.

Se solicita al TJUE que considere la conveniencia de tramitar la cuestión prejudicial por el trámite de urgencia.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia, con reserva de la identidad de los litigantes, acompañando testimonio de los documentos de interés que forman el contenido de los autos, mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la «*Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxembourg*».

Remítanse copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales



dél Consejo General del Poder Judicial –Fax: 91 7006350- (REDUE *Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea*) o a la dirección de correo: rocio.cassinello@cgpj.es).

Se remite también testimonio de la resolución por vía electrónica (DDP-GrefeCour@curia.europa.eu) con indicación de los datos de los abogados y procuradores con sus direcciones profesionales a efectos de contactos y notificaciones y de remisión por correo del testimonio y de os autos.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que es firme y que contra ella no cabe recurso alguno

Así se acuerda y firma.

E/

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado, doy fe.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, donde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del



INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación del Real Decreto-ley 16/2020 y de la Orden JUS/394/2020, dictados con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización:

- *La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- *Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- *Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*

Lo que hago constar en cumplimiento de la resolución dictada por este Tribunal en el Auto de fecha 15.9.2020, en el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. En virtud de lo dispuesto en dicha resolución, con reserva de la identidad de los litigante.

En Barcelona, a 18 de septiembre de 2020.

La Letrada de la Administración de Justicia

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, donde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos



(Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Vertical text on the left margin, possibly a page number or reference code.



INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación del Real Decreto-ley 16/2020 y de la Orden JUS/394/2020, dictados con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización:

- *La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- *Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- *Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*