

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. ELEANOR SHARPSTON

presentadas el 20 de mayo de 2010¹

1. Una pareja de mellizos, de los cuales uno se halla ahora en Alemania con su madre mientras que el otro está en España con su padre, son objeto de disputa sobre su custodia entre sus progenitores, que nunca han estado casados y que han puesto fin a su anterior convivencia no matrimonial. Un tribunal español dictó un auto de medidas provisionales en el que se atribuye la custodia de ambos a su padre, que pide que dicho auto se reconozca y ejecute en Alemania. El Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia) alemán solicita orientación sobre si tal auto de medidas provisionales debe reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro del mismo modo que una resolución del tribunal competente que atribuye la custodia de manera definitiva.

siguientes del Reglamento «Bruselas II bis». ² Sin embargo, otras partes del Reglamento también son relevantes.

Preámbulo

3. El preámbulo del Reglamento contiene, entre otros, los siguientes considerandos:

«(2) El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario.

Marco normativo

2. El tribunal remitente solicita que se interpreten los artículos 2, apartado 4, 20 y 21 y

[...]

¹ — Lengua original: inglés.

² — Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento», o, cuando resulte apropiado, para distinguirlo de otros reglamentos, «presente Reglamento»).

- (5) Con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial.
- [...]
- (12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.
- [...]
- (16) En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a las personas o a los bienes que se encuentren en ese Estado.
- (17) En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 ^[3] tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. [...]
- [...]
- (21) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario.
- (22) A efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución, los documentos públicos y los acuerdos entre las partes que sean ejecutivos en un Estado miembro deben asimilarse a “resoluciones judiciales”.
- (23) El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares “se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos
- 3 — Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en lo sucesivo, “Convenio de La Haya de 1980”).

intermedios o motivos para denegar la ejecución”. Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional.

sólo son relevantes para uno de los dos ámbitos, mientras que otras son comunes a ambos. A continuación expondré únicamente aquellas relevantes en relación con las cuestiones de responsabilidad parental que han surgido en el presente asunto. No obstante, puede ser útil tener en mente la estructura general del Reglamento.

- (24) El certificado que se expide para facilitar la ejecución de la resolución judicial no debe ser susceptible de recurso. Contra él sólo debe haber un procedimiento de rectificación en caso de error material, es decir, si el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial.

[...]»

Estructura del Reglamento

4. El Reglamento regula cuestiones tanto en materia matrimonial como de responsabilidad parental. Algunas de sus disposiciones

5. El capítulo I recoge el ámbito de aplicación y definiciones y contiene los artículos 1 y 2. El capítulo II se refiere a la competencia, y está dividido en tres secciones: la sección 1 (Divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial) contiene los artículos 3 a 7; la sección 2 (Responsabilidad parental), los artículos 8 a 15, y la sección 3 (Disposiciones comunes), los artículos 16 a 20. El capítulo III, sobre reconocimiento y ejecución, contiene seis secciones: la sección 1 (Reconocimiento) incluye los artículos 21 a 27; la sección 2 (Solicitud de declaración de ejecutoriedad), los artículos 28 a 36; la sección 3 (Disposiciones comunes a las secciones 1 y 2), los artículos 37 a 39; la sección 4 (Fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor), los artículos 40 a 45; la sección 5 (Documentos públicos y acuerdos), el artículo 46, y la sección 6 (Otras disposiciones), los artículos 47 a 52. El capítulo IV, relativo a la cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental, incluye los artículos 53 a 58. El capítulo V, sobre las relaciones con otros actos, incluye los artículos 59 a 63, mientras que los

capítulos VI y VII, que contienen disposiciones transitorias y finales, respectivamente, corresponden al resto del texto.

4) *resolución judicial*, las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto;

Ámbito de aplicación y definiciones

6. Con arreglo al artículo 1, apartados 1, letra b), y 2, letra a), el Reglamento se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, incluidos, en particular, el derecho de custodia y el derecho de visita.

5) *Estado miembro de origen*, el Estado miembro en el que se dictó la resolución judicial que hay que ejecutar;

7. El artículo 2 ofrece algunas definiciones, en particular las siguientes:

6) *Estado miembro de ejecución*, el Estado miembro en el que se solicita la ejecución de una resolución judicial;

7) *responsabilidad parental*, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita;

«1) *órgano jurisdiccional*, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1;

8) *titular de la responsabilidad parental*, cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor;

9) *derechos de custodia*, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia;

[...]

10) *derecho de visita*, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado;

Competencia

8. El artículo 8 del Reglamento, que se refiere a la competencia general en materia de responsabilidad parental, establece:

11) *Traslado o retención ilícitos de un menor*, el traslado o retención de un menor cuando:

«1. 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.

- a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,

2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12.»

y

9. El artículo 9 dispone:

- b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.»

«1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha 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.»

10. El artículo 10 versa sobre la competencia en caso de sustracción de menores. En resumen, dispone que si, se traslada o retiene ilícitamente a un menor en un Estado miembro distinto de aquel en el que residía habitualmente hasta ese momento, no podrá adquirir de manera automática una nueva residencia habitual que confiera competencia a los tribunales del nuevo Estado miembro, de modo que los tribunales del Estado miembro de origen conservan su competencia. (El artículo 11 prevé que se ordene la restitución del menor en tales circunstancias.)

11. El artículo 12 se refiere a la prórroga de la competencia. En particular, en virtud del artículo 12, apartado 3, en procedimientos que no estén relacionados con una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán tener competencia en materia de responsabilidad parental a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de

cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.⁴

12. Con arreglo al artículo 13, apartado 1, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor.

13. El artículo 15 permite excepcionalmente al órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto remitir su competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial (en particular, el Estado donde el menor ha residido o reside habitualmente, el Estado del que es nacional el menor o el Estado de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental), si dicho órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor.

⁴ — Aunque no sea directamente relevante en este caso, con arreglo al artículo 12, apartado 1, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrá competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

14. El artículo 17 obliga a declararse incompetente de oficio a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

15. El artículo 19 se refiere a la litispendencia y acciones dependientes. Dispone, en particular:

«[...]

2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél.

[...]»

16. El artículo 20, titulado «Medidas provisionales y cautelares», establece:

«1. En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas.»

Reconocimiento

17. En la medida en que es relevante para el presente asunto, el artículo 21 del Reglamento establece:

«1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno.

[...]

Ejecución

3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución.

[...]

4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto.»

18. El artículo 23 establece una lista de motivos por los que no se ha de reconocer una resolución sobre responsabilidad parental. En resumen, estos motivos están vinculados con el orden público, la falta de audiencia del menor o de una parte, la incompatibilidad con una resolución posterior o el incumplimiento del procedimiento de acogimiento del menor. No se aprecia que alguno de ellos haya sido considerado relevante en el presente asunto.

19. Los artículos 24 y 26 prohíben llevar a cabo, en el Estado miembro de ejecución, el control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen o la revisión del fondo de la resolución, respectivamente.

20. El artículo 28, apartado 1, del Reglamento establece:

«Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.»

21. Con arreglo al artículo 30, apartado 1, las modalidades de presentación de la solicitud se determinan con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido. En virtud del artículo 30, apartado 3, leído conjuntamente con los artículos 37 y 39, deberá adjuntarse a la solicitud a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad y b) un certificado expedido por el órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro de origen conforme al modelo de formulario que figura en el anexo II. Este certificado contiene, en esencia, una lista de detalles sobre el órgano jurisdiccional que dictó la resolución, las partes y los menores a los que se refiere, y acerca de la resolución, su fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y su contenido esencial.

22. Con arreglo al artículo 31, apartados 1 y 3, el órgano jurisdiccional ante el que se

presente la solicitud se pronunciará en breve plazo. En esta fase del procedimiento, no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite la ejecución. Sin embargo, la resolución sobre la solicitud puede ser recurrida por cualquiera de las partes, en virtud de las reglas establecidas en los artículos 33 y 35. Con arreglo al artículo 31, apartado 2, la solicitud sólo podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en el artículo 23 (aunque, presumiblemente, tampoco se estimaría si no se cumplieran los requisitos del artículo 28, apartado 1 —ejecutoriedad en el Estado miembro de origen y notificación o traslado a la parte demandada—).

Cooperación transfronteriza

24. El artículo 53 obliga a los Estados miembros a designar autoridades centrales para asistir en la aplicación del Reglamento. En virtud del artículo 55, las funciones de estas autoridades incluyen, por lo que se refiere específicamente a los asuntos de responsabilidad parental, facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación del artículo 15 (que permite la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto).

Documentos públicos y acuerdos

23. El artículo 46 del Reglamento establece:

«Los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales.»

Remisiones prejudiciales

25. Debe añadirse que el Reglamento se aprobó sobre la base de los artículos 61 CE, letra c), y 67 CE, apartado 1, del título IV de la tercera parte del Tratado CE, relativa a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

26. En consecuencia, mientras estuvo en vigor ese Tratado (hasta el 30 de noviembre de 2009), en virtud del artículo 68 CE, apartado 1, sólo podían solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre su interpretación los órganos jurisdiccionales cuyas

decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

del Estatuto y el artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento.

27. Sin embargo, el artículo 68 CE, apartado 1, está derogado desde la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el 1 de diciembre de 2009, y la competencia para realizar una remisión prejudicial sobre materias incluidas en el área en cuestión ya no está limitada a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial.

28. Además, bien sea antes o después del 30 de noviembre de 2009, un órgano jurisdiccional de esta última categoría no sólo es competente, sino que está obligado a solicitar tal resolución si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.⁵

29. Por último, cuando lo estime apropiado, el Tribunal de Justicia, bien mediante solicitud del órgano jurisdiccional remitente, bien de oficio (y teniendo en cuenta el objetivo último de lograr lo antes posible una estabilidad a largo plazo en las vidas de los menores), podrá decidir que una cuestión prejudicial se tramite mediante un procedimiento especial acelerado, de acuerdo con el artículo 23 *bis*

Antecedentes del Reglamento en Derecho de la Unión Europea

30. El Reglamento forma parte de un proceso de desarrollo orgánico del Derecho comunitario (ahora de la Unión), que comenzó con el Convenio de Bruselas de 1968,⁶ ahora casi completamente sustituido por el Reglamento (CE) n° 44/2001.⁷ No obstante, estos instrumentos no regulan la responsabilidad parental, que fue abordada en primer lugar (aunque únicamente en relación con los hijos de parejas casadas) por el Reglamento n° 1347/2000,⁸ ahora derogado y sustituido

6 — Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Una versión consolidada del Convenio, en su versión modificada por los cuatro Convenios de Adhesión subsiguientes está publicada en el DO 1998 C 27, p. 1. Aún está en vigor en las relaciones entre Dinamarca y el resto de Estados miembros, así como respecto de determinados territorios de ultramar.

7 — Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1), en su versión modificada —también conocido como «Reglamento Bruselas»—.

8 — Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DO L 160, p. 19) —también conocido como «Reglamento Bruselas II»—. Este Reglamento estuvo precedido por el «Convenio Bruselas II» sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (DO 1998, C 221, p. 2), del que reproduce en gran medida sus términos y que de hecho nunca se ratificó, pero sobre cuya redacción existe un informe explicativo (Informe Borrás, *ibid.*, p. 27).

5 — Artículos 234 CE, párrafo tercero, y 267 TFUE, párrafo tercero, respectivamente.

por el presente Reglamento.⁹ No obstante, muchas de sus disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución, en particular en relación con las medidas provisionales, son similares a las del Reglamento. En los supuestos en los que ello es así, la jurisprudencia y la doctrina¹⁰ relativas a dichas disposiciones también pueden ser relevantes en el marco del presente Reglamento.

31. Ninguna de estas normas sobre competencia en estos instrumentos anteriores regula cuestiones de responsabilidad parental independientes de los procedimientos matrimoniales.

32. Respecto de la litispendencia, el artículo 21 del Convenio de Bruselas, el artículo 11 del Reglamento n° 1347/2000 y el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001 contienen disposiciones que tienen el mismo efecto,

mutatis mutandis, que el artículo 19, apartados 2 y 3, del presente Reglamento.¹¹

33. En cuanto a las medidas provisionales, el artículo 12 del Reglamento n° 1347/2000 contenía una disposición que estaba formulada de modo idéntico al artículo 20, apartado 1, del presente Reglamento,¹² y el artículo 24 del Convenio de Bruselas y el artículo 31 del Reglamento n° 44/2001 incluyen una disposición esencialmente similar.

34. En relación con el reconocimiento, en los artículos 26 a 29 del Convenio de Bruselas, los artículos 14, 15, 17 y 19 del Reglamento n° 1347/2000 y los artículos 33 a 36 del Reglamento n° 44/2001 se encuentran disposiciones similares (aunque no idénticas) a las citadas más arriba.¹³ Sin embargo, como es comprensible, los motivos para denegar el reconocimiento son específicos del tipo de medida al que se refieren, y ni el Convenio de Bruselas ni el Reglamento n° 44/2001 excluyen por completo la revisión de la competencia del órgano jurisdiccional de origen, como sí hace el artículo 24 del presente Reglamento.

9 — También existió una propuesta intermedia de la Comisión de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental [COM(2001) 505 final, DO C 332 E, p. 269], que nunca se adoptó como tal.

10 — Por ejemplo, el Tribunal de Justicia se ha remitido para orientarse al Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas (DO 1979, C 59, p. 48; texto en español en DO 1990, C 189, p. 122), y al Informe Schlosser sobre el Convenio de adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al mismo (*ibid.*, p. 71). Del mismo modo, el Informe Borrás, mencionado en la nota 8, puede proveer algunas orientaciones para la interpretación del Reglamento n° 1347/2000 y su sucesor, el presente Reglamento, como también las exposiciones de motivos de las diversas propuestas de Reglamento formuladas por la Comisión.

35. Respecto de la ejecución, las disposiciones de los artículos 31 y siguientes del

11 — Véase el punto 15 *supra*.

12 — Véase el punto 16 *supra*; también es idéntico (excepto por el uso del término «Reglamento», en lugar de «Convenio») al del artículo 12 del Convenio Bruselas II citado en la nota 8.

13 — Véanse los puntos 17 a 19 *supra*.

Convenio de Bruselas, los artículos 21 y siguientes del Reglamento n° 1347/2000 y los artículos 38 y siguientes del Reglamento n° 44/2001 presentan algunos paralelismos con las de los artículos 28 y siguientes del Reglamento.¹⁴

36. Por último, y por lo que se refiere a los documentos públicos y los acuerdos, los artículos 50 y 51 del Convenio de Bruselas y los artículos 57 y 58 del Reglamento n° 44/2001 establecen unos requisitos para la ejecución similares a los del artículo 46 del Reglamento,¹⁵ aunque tal disposición no existía en el Reglamento n° 1347/2000.

37. En el análisis que desarrollaré más adelante, me referiré más detalladamente a estas disposiciones precursoras, en la medida en que pueda ser de utilidad para interpretar el Reglamento.

Antecedentes internacionales del Reglamento

38. Sin embargo —como posiblemente sea lo adecuado para una norma que regula el Derecho de familia—, el Reglamento tiene más de una línea de ancestros.

39. Un primer Convenio de La Haya¹⁶ relativo a la tutela de los menores se concluyó en 1902.¹⁷ Ha sido sustituido en gran medida por el Convenio de protección de menores de 1961.¹⁸ A su vez, este Convenio ha sido sucedido (aunque no sustituido en tan gran medida, ya que el proceso de ratificación no se ha completado) por el Convenio de La Haya más reciente de protección de los niños, de 1996.¹⁹ En un ámbito relacionado, existe el

16 — Los diferentes Convenios de La Haya mencionados pueden encontrarse en la página web (<http://www.hcch.net>) y en las publicaciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de la que forman parte todos los Estados miembros y la propia Unión Europea [véase la Decisión 2006/719/CE del Consejo, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DO L 297, p. 1), leída en combinación con la última frase del artículo 1 del TUE]. Esta página web también incluye el Informe Steiger sobre el Convenio de 1961, el Informe Pérez-Vera sobre el Convenio de 1980 y el Informe Lagarde sobre el Convenio de 1996, que pueden ser mencionados.

17 — Convenio de 12 de junio de 1902 relativo a la tutela de los menores («Convenio de 1902»).

18 — Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores (en lo sucesivo, «Convenio de 1961»). Para los Estados partes del Convenio de 1902 y del de 1961, se aplica éste. Por lo que a los Estados miembros se refiere, el Convenio de 1902 aún está en vigor en las relaciones entre Luxemburgo, Bélgica y Rumania (véase *Comparative study on enforcement procedures of family rights*, T.M.C. Asser Instituut, La Haya, 2007, p. 84). El Convenio de 1961 ha sido ratificado por once de los actuales Estados miembros, incluidos Alemania y España.

19 — Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (DO 2008, L 151, p. 39). Lo han firmado todos los Estados miembros de la Unión, pero hasta el momento sólo lo han ratificado ocho, entre los que no se encuentran ni Alemania ni España; el resto de Estados miembros, salvo Dinamarca, han sido autorizados a ratificarlo o a adherirse a él, simultáneamente, en interés de la Unión (véase la Decisión 2008/431/CE del Consejo, *ibid.*, p. 36).

14 — Véanse los puntos 20 a 22 *supra*.

15 — Véase el punto 23 *supra*.

Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores.²⁰

locales. El Convenio guardaba silencio acerca del reconocimiento o de la ejecución de estas medidas en otro Estado.

40. Además, existe un Convenio del Consejo de Europa de 1980 relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia.²¹

41. En virtud de los artículos 60 a 62 del Reglamento, en esencia, en las relaciones entre los Estados miembros que son parte de ellos, los Convenios de 1961, 1980 y 1996 continúan teniendo efectos en las materias que no están reguladas por el Reglamento, aunque éste prima en las materias que rige.

42. En relación con la competencia en materia de tutela, el Convenio de 1902 confería primordialmente la competencia a las autoridades del Estado de nacionalidad del menor. No obstante, el artículo 7 establecía que, mientras tanto se organizaba la tutela, así como en todos los casos de urgencia, las medidas necesarias para la protección de la persona y de los intereses de un menor extranjero podrían ser tomadas por las autoridades

43. El Convenio de 1961 favorece al Derecho del Estado del que el menor es nacional en relación con las «relaciones de autoridad», pero en otros aspectos concede competencia a las autoridades del Estado de residencia habitual para adoptar medidas dirigidas a la protección de la persona del menor o sus bienes. Con arreglo al artículo 7, estas medidas han de ser reconocidas en todos los Estados contratantes, pero cuando se requiere su ejecución en otro Estado el reconocimiento y la ejecución se rigen por el Derecho interno del país en el que se solicita la ejecución o por los convenios internacionales relevantes. El artículo 9 –al que sin embargo no se le aplican las reglas de reconocimiento mutuo y ejecución del artículo 7– establece que, en caso de urgencia, las autoridades de todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el menor o los bienes que le pertenezcan adoptarán las medidas necesarias de protección.

44. El Convenio de 1996 abandona cualquier referencia a la nacionalidad y concede la competencia en todos los asuntos de responsabilidad parental (definida de manera amplia en el artículo 3) a las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño. Sin embargo, con arreglo al artículo 11, en caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan, medidas que dejan

20 — Citado en la nota 3 *supra*. El Convenio de La Haya de 1980 ha sido ratificado por todos los Estados miembros.

21 — Hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, *European Treaty Series* n.º 105 (en lo sucesivo, «Convenio Europeo de 1980»). Actualmente, ha sido ratificado por todos los Estados miembros excepto Eslovenia.

de tener efecto desde que las autoridades del Estado de residencia habitual adopten las medidas exigidas por la situación. En virtud del artículo 12, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño (si no es como resultado de sustracción o retención ilícita) o bienes que le pertenezcan son competentes para adoptar medidas de protección, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado. Los artículos 23 a 28 establecen el reconocimiento mutuo y la ejecución de manera comparable a las disposiciones del Reglamento, pero en términos más generales. De manera significativa, el artículo 23, apartado 2, letra a), permite el control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen.

el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención, especificando que el derecho de custodia puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado (artículo 3). Con arreglo al artículo 16, las autoridades a las que se informa de un traslado o retención ilícitos de un menor no decidirán sobre los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no debe restituirse o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud.

45. El Convenio de la Haya de 1980 tiene como finalidad a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes (artículo 1). Establece, entre otras cosas, que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en

46. El Convenio Europeo de 1980 no contiene ninguna disposición relativa a la competencia, pero establece una regla general de reconocimiento mutuo y ejecución de las resoluciones sobre custodia dictadas por cualquier Estado miembro, sometidas a determinadas excepciones, comparables a las establecidas en el artículo 23 del Reglamento, pero más amplias.²² En particular, puede discutirse la competencia de la autoridad que dicta la resolución en algunos supuestos [artículos 9, apartado 1, letra b), y 10, apartado 1]. Sin embargo, no se establece ninguna distinción en función de si una medida es o no provisional o urgente. El Convenio también establece un procedimiento general para

22 — Véase el punto 18 *supra*.

obtener el reconocimiento y la ejecución, pero menos detallado que el Reglamento (artículos 13 a 16).

47. Me referiré también a las disposiciones de estos Convenios en la medida útil para interpretar el Reglamento.

Convenio bilateral entre Alemania y España

48. El 14 de noviembre de 1983 se firmó en Bonn un Convenio bilateral sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil.²³ Establece el reconocimiento mutuo y la ejecución de resoluciones (incluidas las dictadas en materia matrimonial y de Derecho de familia) adoptadas por un tribunal del Estado que resulte competente de acuerdo con las reglas establecidas en el Convenio. Este Convenio se menciona en el auto de

medidas provisionales controvertido en el presente asunto. Sin embargo, el artículo 59, apartado 1, del Reglamento especifica que «el presente Reglamento sustituirá para los Estados miembros a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan», sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones que no son pertinentes en el caso de autos.

Hechos, procedimiento y cuestión prejudicial

49. La madre de los mellizos cuya custodia se discute es alemana. El padre es español. Nunca han estado casados, pero convivieron en España de mediados de 2005 a comienzos de 2007. Los menores –M, un niño, y S, una niña– nacieron prematuramente el 31 de mayo de 2006. Su estado requirió cuidados hospitalarios durante varios meses después de su nacimiento. M pudo abandonar el hospital en septiembre de 2006, pero S no fue dada de alta hasta marzo de 2007.

23 — Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handels-sachen; Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, «Convenio bilateral de 1983»).

50. En aquel tiempo, sin embargo, los padres ya no deseaban vivir juntos. El 25 de enero de

2007 firmaron un acuerdo en el que se regulaba la extinción de su convivencia. Respecto de los menores, se decidió que, aunque los dos progenitores conservaban la patria potestad y la custodia, la madre regresaría con los mellizos a Alemania y su padre tendría un derecho de visita.

Procedimiento iniciado por el padre en España

51. Este acuerdo se elevó a escritura pública ante notario en presencia y con el consentimiento de ambas partes el 30 de enero 2007, bajo la forma de un convenio regulador.²⁴ El documento notarial especificaba que, para que tuviera plenos efectos legales, el convenio tenía que ser aprobado por un tribunal,²⁵ y las partes acordaron expresamente someterse a cualquier decisión judicial relativa a las cuestiones reguladas por el convenio.

52. No obstante, como S no pudo ser dada de alta antes de la fecha de viaje prevista, el 2 de febrero de 2007, de hecho la madre se fue a Alemania en tal fecha sólo con el mellizo M, y también con un hijo de mayor edad, fruto de una relación anterior.

53. El 28 de junio de 2007, el padre interpuso ante el tribunal de primera instancia correspondiente a su domicilio (el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de San Lorenzo de El Escorial; en lo sucesivo, «tribunal español») una demanda de «medidas previas inmediatas y urgentes»²⁶ en la que solicitaba la custodia de los dos menores, la restitución de M a España y que se ordenara a la madre el abono de una pensión de alimentos de 300 euros por cada hijo.

54. El tribunal español examinó expresamente si era competente para ordenar tales medidas, y concluyó que lo era.

55. El auto de dicho tribunal menciona que la demanda de medidas provisionales presentada por el padre se apoya en los artículos 1 y 2 del Convenio de La Haya de 1980, en el Reglamento y en el artículo 8 del Acuerdo bilateral para la competencia de los tribunales españoles.

24 — Artículos 81, 86 y 90 del Código Civil; artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, «LEC»).

25 — Véase el artículo 46 del Reglamento, citado en el punto 23 *supra*. Sin embargo, de hecho parece que tal aprobación judicial no se obtuvo posteriormente.

26 — Las medidas provisionales «previas» pueden solicitarse antes de la presentación de la demanda de divorcio, separación o nulidad matrimonial, con arreglo al artículo 771 de la LEC, siempre que la demanda principal se presente dentro de un plazo determinado, transcurrido el cual dejan de surtir efectos. Este procedimiento parece haber sido solicitado y aplicado por analogía en el presente asunto, en el que los progenitores no estaban casados. Véase con más detalle en la nota 34 *infra*.

56. También señala que la madre no estuvo presente en la vista de 26 de septiembre de 2007,²⁷ si bien presentó sus propias observaciones escritas en alemán (que fueron traducidas al español y tomadas en consideración por el tribunal), que cuestionaban la competencia de los tribunales españoles y solicitaban que el procedimiento prosiguiera en Alemania, donde por entonces ya se había iniciado.²⁸ También estuvo representada por procurador y asistida por letrado, quien alegó que M había sido trasladado legalmente a Alemania sobre la base del convenio elevado a escritura pública, y que sus intereses debían examinarse allí.

57. Para decidir que era competente, el tribunal español se remitió de forma genérica a «la legislación europea alegada y Convenios ratificados por España y Alemania». Más concretamente, citó el artículo 769, apartado 3, de la LEC, que otorga competencias, en procedimientos relacionados únicamente con la custodia de menores o en las demandas entre los progenitores respecto de la manutención de un menor, al juzgado de primera instancia del último lugar de residencia común de los progenitores. También hizo referencia al artículo 1 del Convenio de La Haya de 1980, que concede la competencia al tribunal competente del lugar de residencia del menor, ya

que M residió habitualmente en España hasta el 2 de febrero de 2007.

58. También realizó una referencia explícita al artículo 19 del Reglamento, relativo a la litispendencia, considerando que si el procedimiento iniciado por la madre en Alemania²⁹ tenía el mismo objeto y el mismo asunto que el iniciado con anterioridad por el padre en España, el tribunal alemán debía suspender el procedimiento.

59. Sin embargo, el tribunal español no se refirió al artículo 20 del Reglamento, que regula las medidas provisionales, incluidas las cautelares que se pueden adoptar en casos de urgencia. Ello podría indicar que consideró que tenía competencia sobre el fondo, y no simplemente la competencia más limitada (facultativa y excepcional) para adoptar medidas urgentes provisionales o cautelares respecto de las personas dentro de su jurisdicción territorial.

60. El tribunal español también señaló que el Ministerio Fiscal, que había formulado alegaciones a favor de su competencia, albergaba dudas sobre la regularidad de la salida de M de territorio español, señalando que el convenio elevado a escritura pública no estaba homologado judicialmente.³⁰ El tribunal mencionó

27 — En las observaciones que presentó al Tribunal de Justicia, alega que tuvo que cuidar de M, que estaba enfermo en aquel momento.

28 — El 20 de septiembre de 2007; véanse los puntos 67 y siguientes *infra*.

29 — Véanse los puntos 67 y siguientes *infra*.

30 — Véanse el punto 51 *supra* y el artículo 46 del Reglamento, citado en el punto 23.

además (aunque no lo hizo específicamente como fundamento de su jurisdicción) que el padre alegaba haber sido presionado o engañado para firmar el convenio, y que el día en que firmó el documento notarial acudió a la Guardia Civil para evitar que la madre se fuera a Alemania con los menores.

provisionales urgentes e inmediatas, acordó provisionalmente lo siguiente:

61. Tomadas en consideración en su conjunto, estas circunstancias pueden sugerir que el tribunal español estimó que M había sido sustraído, en el sentido del Reglamento y del Convenio de La Haya de 1980, por lo que seguía siendo competente en virtud del artículo 10 del Reglamento. Sin embargo, el auto no realiza referencia explícita alguna ni a este artículo ni al artículo 8, sobre cuya base también habría podido considerarse competente, a la luz de su postura sobre la residencia habitual de M.³¹

— La atribución de la guarda y custodia de los mellizos al padre,³² siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores. En este sentido, se ordenó a la madre que restituyera a M a su padre en España, pudiendo visitar a los menores tantas veces como quiera.

— La prohibición de salida del territorio español de los dos menores salvo autorización judicial previa.

— La tenencia de los dos pasaportes de los menores bajo la custodia del padre.

— El sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio de los dos menores S y M.

— No fijar pensión de alimentos con cargo a la madre.

62. Tras haber decidido que era competente para ordenar las medidas solicitadas, el tribunal español dictó un auto el 8 de noviembre de 2007, rectificado en relación con la guarda y custodia el 28 de noviembre de 2007 (en lo sucesivo, «auto impugnado»). Como medidas

63. Se desprende de un documento judicial adjunto al auto impugnado, de 11 de enero de 2008, y de los artículos 451 y 452 de la LEC, a los que se refiere dicho documento, que pudo interponerse un recurso de reposición en el

31 — En cambio, en la medida en que el traslado de M a Alemania pudiera haber sido legal, los artículos 8 y 9, leídos conjuntamente, implicarían que había adquirido una nueva residencia legal allí, fundamentando la competencia de los tribunales alemanes.

32 — Antes de la rectificación, el auto concedió la custodia *compartida* al padre; el auto rectificativo describe esto como «error material».

plazo de cinco días para anular el auto o reformarlo. En sus observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, el Gobierno español declara que no cabe interponer recurso contra un auto de medidas provisionales como el recurrido, pero que éste puede ser modificado en el transcurso del procedimiento principal posterior. Explica que los efectos de medidas provisionales previas sólo subsisten si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda principal contenciosa y que, en el presente asunto, el subsiguiente procedimiento se inició en enero de 2008.

por el abogado de la madre en Alemania, en los que sostiene que el auto de 8 de noviembre de 2007 se notificó a su abogado en España el 16 de noviembre de 2007, y que supone que el abogado del padre también recibió la notificación en la misma fecha. Además alega que la demanda interpuesta por el padre sobre el fondo se presentó en el tribunal español el 21 de enero de 2008, mientras que para que subsistieran los efectos del auto de medidas provisionales tendría que haberse interpuesto en el plazo de 30 días hábiles desde su notificación.³⁴

64. También el 11 de enero de 2008, el tribunal español expidió un certificado con el formato establecido en el anexo II del Reglamento.³³ Dicho certificado establecía, entre otras cuestiones, que el auto no se había dictado en rebeldía, que era ejecutable en virtud de la normativa del Estado miembro de origen, que había sido notificado a la madre, contra la que se solicitaba la ejecución, y que obligaba a la devolución del menor al padre.

66. A mayor abundamiento, en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia, el abogado alemán de la madre indicó que el 28 de octubre de 2008 el tribunal español confirmó su competencia internacional y de nuevo se consideró a sí mismo el «órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera [demanda]», en el sentido del artículo 19, apartado 2, del Reglamento. Entonces, la madre interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuestionando la asunción de la competencia sobre el fondo. Poco después de que tuviera lugar la vista

65. Los autos remitidos por el Bundesgerichtshof contienen documentos presentados

33 — Véase el punto 21 *supra*. Este tipo de certificado se refiere a las resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental. Aunque una de las medidas dictadas requería a la madre que restituyera a M al padre, el tribunal español no utilizó el tipo de certificado recogido en el anexo IV, que se refiere a resoluciones judiciales relativas a la restitución del menor en situaciones consecuencia de una sustracción de menores, un auto inicial para la restitución del menor y una resolución de no restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 [véanse los artículos 11, apartado 8, 40, apartado 1, letra b), y 42 del Reglamento y el artículo 13 del Convenio de La Haya].

34 — Con arreglo al artículo 771, apartado 5, de la LEC («los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio» —el subrayado es mío—). El artículo 771, al que se remite el tribunal español en su auto, se refiere a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. En virtud del artículo 772, apartado 1, las medidas provisionales previas se unen al nuevo procedimiento. Aunque los progenitores no estuvieron casados, estas disposiciones son de aplicación por analogía, a la luz, como ha señalado el Gobierno español, del artículo 748, apartado 4, con arreglo al cual las disposiciones del título del que forman parte se aplican a los procedimientos que se refieren exclusivamente a la custodia de los hijos menores.

en el presente procedimiento prejudicial, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, confirmando la competencia del juzgado de primera instancia respecto de *ambos* mellizos y mencionando el artículo 20 del Reglamento en su resolución. Sin embargo, el juzgado de primera instancia aún no ha adoptado una resolución sobre el fondo.

Procedimiento iniciado por la madre en Alemania

67. El 20 de septiembre de 2007, mientras el procedimiento antes mencionado ya se había iniciado en España, pero antes de que se dictara el acto impugnado, la madre inició un procedimiento ante el Amtsgericht Albstadt (tribunal de primera instancia de Albstadt), solicitando la custodia de ambos menores.

68. La resolución de remisión señala que el procedimiento de custodia se suspendió, con arreglo al artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980.³⁵ El Amtsgericht Stuttgart, al que se asignó el asunto por cuestiones procesales, alberga dudas sobre si es competente, y, habida cuenta del procedimiento sobre el

fondo pendiente en España, tiene la intención de suspender el procedimiento, en virtud del artículo 19, apartado 2, del Reglamento.

69. De acuerdo con las resoluciones judiciales relevantes presentadas por el abogado de la madre a instancia del Tribunal de Justicia, el Amtsgericht suspendió el procedimiento sobre esta base el 8 de diciembre de 2008. No obstante, tras un recurso de apelación interpuesto por la madre ante el Oberlandesgericht Stuttgart (tribunal regional de Stuttgart), el 14 de mayo de 2009 se anuló su resolución. El tribunal de apelación señaló que el procedimiento español era de naturaleza provisional, mientras que el procedimiento entablado en Alemania se refería a una decisión definitiva sobre la custodia; en consecuencia, consideró que ambos procedimientos no tenían el mismo objeto y la misma causa, en el sentido del artículo 19, apartado 2, y que el tribunal de primera instancia debía volver a examinar su competencia sobre esta base.

70. Sin embargo, en una resolución de 8 de junio de 2009, el Amtsgericht indicó que seguía sin estar convencido –sobre todo, porque no estaba seguro de si el traslado de M a Alemania había sido legal, en cuyo caso el artículo 9 del Reglamento conferiría la competencia a los tribunales alemanes, o ilegal, en cuyo caso los tribunales españoles conservarían la competencia en virtud del artículo 10–. También consideró que la cuestión de la competencia sólo podía resolverse

35 — Véase el punto 45 *supra*.

planteando una cuestión al Tribunal de Justicia para su clarificación.³⁶

del auto de rectificación del tribunal español, junto con el certificado de dicho tribunal de 11 de enero de 2008, en la forma establecida en el anexo II del Reglamento.

Procedimiento iniciado por el padre en Alemania

71. En el procedimiento en cuyo marco se plantea la presente petición de decisión prejudicial, el padre solicita que se declare la ejecutoriedad en Alemania del auto impugnado.

72. Según la resolución de remisión, al principio pretendía con carácter principal que se dictara una orden de retorno de M, y sólo como precaución que se declarara la ejecutoriedad del auto impugnado. Sin embargo, posteriormente alegó que su prioridad es la declaración de ejecutoriedad.

73. Los autos transmitidos al Tribunal de Justicia incluyen copias certificadas (y traducciones juradas al alemán) del auto original y

74. En consecuencia, los órganos competentes en primera instancia y en apelación (de nuevo, el Amtsgericht y el Oberlandesgericht Stuttgart) adjuntaron una cláusula de ejecutoriedad al auto del tribunal español, y advirtieron a la madre de que sería multada si no le daba cumplimiento. Ésta presentó un recurso de casación contra estas resoluciones ante el Bundesgerichtshof, que resume la sentencia del tribunal de apelación del siguiente modo.

75. No existe ninguna razón evidente por la cual la resolución del tribunal español no deba ejecutarse. Es una medida provisional, pero el artículo 2, apartado 4, del Reglamento no establece diferencias entre los distintos tipos de resolución a los efectos de reconocimiento y ejecución. El tribunal español no oyó a los niños, pero esto no supone un quebrantamiento de forma esencial del Derecho alemán, en particular dado que sólo tenían un año y medio en aquel momento. La madre alega que la resolución española no es ejecutable porque el procedimiento principal se inició extemporáneamente, pero el tribunal español expidió un certificado con arreglo al artículo 39 del Reglamento. Tampoco existen motivos para denegar la ejecución con arreglo al artículo 23 del Reglamento. No existe ninguna infracción evidente del orden público alemán, y se respetó el derecho de la madre a

36 — El Tribunal de Justicia no ha recibido aún tal cuestión del Amtsgericht —el cual, por supuesto, no era competente para plantear una cuestión en este ámbito hasta la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el 1 de diciembre de 2009—.

ser oída al citarla para comparecer ante el tribunal. El que no compareciera personalmente, pero estuviera representada por un abogado, es su problema. En los procedimientos de reconocimiento y ejecución, se prohíbe al tribunal examinar el fondo del procedimiento de custodia establecido en España.

76. La madre alega ante el Bundesgerichtshof que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento no se aplican a las medidas provisionales reguladas por el artículo 20, que no pueden clasificarse como «[resolución judicial relativa] a la responsabilidad parental», en el sentido del artículo 2, apartado 4.

77. El Bundesgerichtshof examina los diferentes enfoques preconizados en la doctrina.

78. Un primer grupo de autores excluye las medidas adoptadas en las circunstancias enunciadas en el artículo 20, apartado 1, del Reglamento del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución. Consideran esta disposición pura y simplemente una regla de competencia – una interpretación que puede apoyar la sentencia A,³⁷ en virtud de la cual las medidas

provisionales, en el sentido del artículo 20, deben ser de naturaleza provisional, y su aplicación y carácter vinculante se determinan de acuerdo con el Derecho nacional—. Siempre que se haya oído a ambas partes, las medidas provisionales (excepto en materia matrimonial y de responsabilidad parental) han de reconocerse y ejecutarse con arreglo al Convenio de Bruselas y al Reglamento n° 44/2001, sujeto sólo a las restricciones impuestas por el Tribunal de Justicia. Aunque la situación en virtud del presente Reglamento parece comparable, el artículo 20, apartado 1, se refiere a medidas adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro «en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro», vinculando de este modo el objeto de la medida a la competencia territorial. Se desprende de los artículos 1, apartado 1, 2, apartado 4, y 20, apartado 1, que el ámbito de aplicación de de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento se limita a las resoluciones dictadas en el procedimiento principal.

79. Un segundo grupo amplía el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 4, a las medidas provisionales adoptadas por un tribunal competente en el ámbito del procedimiento principal, siempre que el derecho a ser oído esté previsto al menos *a posteriori*. A diferencia del Convenio de Bruselas y del Reglamento n° 44/2001, el presente Reglamento regula relaciones triangulares en las que un tercero –el menor– tiene una especial necesidad de protección. En consecuencia, el derecho a ser oído debe garantizarse en alguna fase,

37 — Sentencia de 2 de abril de 2009 (C-523/07, Rec. p. I-2805).

aunque sea después de que se dicte el auto provisional.³⁸

80. Un tercer grupo restringe la aplicación del Reglamento a las medidas provisionales adoptadas sólo después de que las partes hayan sido oídas. Consideran que el mero cumplimiento *a posteriori* del requisito de un juicio justo no es suficiente. Es un defecto del Reglamento que adopte instrumentos pensados para procedimientos *inter partes* en relación con los temas de custodia; esto no debe extenderse a expensas del sistema equilibrado del Convenio de la Haya de 1980.

81. Por último, un cuarto grupo alega que todas las medidas provisionales deben incluirse en el sistema de reconocimiento y ejecución del Reglamento. Algunos de los miembros de este grupo consideran que las medidas adoptadas en las circunstancias descritas en el artículo 20 son una «resolución judicial», en el sentido del artículo 2, apartado 4, mientras que otros no, pero todos coinciden en que las disposiciones de los artículos 21 y siguientes son de aplicación.

82. Por consiguiente, el resultado del recurso interpuesto por la madre, y el de la solicitud del padre de que se reconozca el auto impugnado, diferirían según el enfoque adoptado.

No obstante, como el tribunal de apelación, el Bundesgerichtshof acepta que el auto no atenta contra el orden público alemán, que la madre tuvo ocasión adecuada para exponer su caso ante el tribunal español y que el que un niño de 18 meses no haya sido oído no es un motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del auto.

83. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Bundesgerichtshof solicita una decisión prejudicial sobre la siguiente cuestión:

«¿Son las disposiciones de los artículos 21 y siguientes [del Reglamento] sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de otros Estados miembros, también aplicables a las medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 del Reglamento [...] relativas al derecho de custodia, conforme al artículo 2, apartado 4 del Reglamento [...]?»

84. En respuesta a una cuestión del Tribunal de Justicia acerca de si debiera aplicarse el procedimiento de urgencia con arreglo al artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento, el Bundesgerichtshof confirmó que no consideraba necesaria esta tramitación. Tampoco el Tribunal de Justicia inició el procedimiento de oficio, aunque el Presidente decidió que se debía dar prioridad al asunto, con arreglo al primer subapartado del artículo 55, apartado 2, de dicho Reglamento.

38 — Compárese con la sentencia de 16 de junio de 1981, Klomps/Michel (166/80, Rec. p. 1593).

85. La madre, los Gobiernos checo, alemán, húngaro, italiano, portugués, español y del Reino Unido y la Comisión presentaron observaciones escritas. En la vista de 17 de marzo de 2010, estas partes, salvo los Gobiernos italiano, húngaro y portugués, estuvieron representadas y formularon observaciones orales. El padre no ha estado representado ante el Tribunal de Justicia.

87. Cuando tal disputa se extiende a más de un país y más de un sistema legal –como es cada vez más frecuente en la Unión Europea actual–, las dificultades pueden verse exacerbadas por la falta de certeza acerca de qué autoridades son competentes, y por la posibilidad de que uno de los progenitores tenga que tratar con un sistema jurídico aún menos familiar que el suyo, habitualmente en un idioma que no es el suyo.

Análisis

88. Por si esto no fuera suficiente, existe una suposición en el imaginario popular, ampliamente extendida y no muy definida –fomentada a menudo por los medios de comunicación populares, que tienden a regodearse en estos asuntos de obligado interés humano– de que los tribunales de un país extranjero son menos justos que los del propio país, y que es más probable que favorezcan injustamente a sus propios nacionales.

Consideraciones generales

86. Las disputas relativas a la custodia de menores tras la ruptura de la relación de los progenitores se encuentran entre las más amargas y las más cargadas emocionalmente que los tribunales han de zanjar. El intento por conciliar las pasiones viscerales que generan dichas disputas pone a dura prueba las habilidades tanto de mediadores como de trabajadores sociales y abogados. Cuando es necesaria una decisión judicial, a menudo al menos uno de los progenitores afectados percibe que es injusta.

89. Estas dificultades no pueden hacerse desaparecer legislando. No obstante, ponen de manifiesto la absoluta necesidad de unas normas europeas claras sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en este ámbito, en el que el retraso y la inseguridad pueden ser particularmente dañinos para los intereses de aquellos que se ven fundamentalmente afectados –los menores–. El Reglamento pretende proporcionar tales normas. En caso de duda (que existe en determinadas instancias, al menos entre los autores alemanes cuyas opiniones resumió el

Bundesgerichtshof), el Tribunal de Justicia debe aclarar su interpretación.³⁹

90. Estas normas deben aplicarse desapasionadamente, con independencia de cualquier impacto que puedan tener en la decisión sobre el fondo. Son de naturaleza puramente procesal. Su finalidad es garantizar, en primer lugar, que las cuestiones de fondo se resuelven rápidamente –no de manera precipitada, pero sin verse obstaculizadas por el retraso que bien puede derivarse de largas disputas sobre la competencia– por un tribunal cuya competencia, determinada a la luz del interés superior del menor, teniendo en cuenta en particular el criterio de proximidad, pueda precisarse con claridad, y en segundo lugar, que las resoluciones de dicho tribunal tengan plenos efectos, también sin retrasos, en toda la Unión Europea.

91. En relación con la competencia, el Reglamento se redactó con la intención de proporcionar un marco claro en el que se pueda determinar el tribunal competente. No obstante, será inevitable que existan situaciones en las que se plantee algún grado de inseguridad. Por este motivo, y debido al riesgo de que un progenitor defraudado considere que

la declaración por un tribunal de su propia competencia está ligado a una decisión desfavorable sobre el fondo, que en sí misma probablemente se percibirá que es injusta, parece esencial que la declaración de competencia deba razonarse en cada caso de la manera más explícita, clara y detallada posible. Es de lamentar que el auto impugnado no cumpla este objetivo esencial.

92. Por lo que respecta al reconocimiento y la ejecución, el Reglamento se basa en un grado de confianza mutua particularmente elevado, al exigir el reconocimiento sin que haya que proceder a ningún procedimiento especial, al mantener los motivos de no reconocimiento al mínimo y al prohibir el control tanto de la competencia del tribunal de origen como del fondo de su resolución. Tal grado de confianza mutua –que es esencial para evitar los retrasos y los conflictos que de otro modo pondrían en peligro un procedimiento del tipo de que se trata– impone a su vez un alto grado de responsabilidad al tribunal que acepta la competencia y requiere que existan unas salvaguardias procesales apropiadas en el Estado miembro de origen, dado que en general el auto resultante no puede ser cuestionado en el Estado miembro de reconocimiento o ejecución.

93. A este respecto, lo mejor que puedo hacer es realizar una cita de una iniciativa para la adopción de una Directiva relativa al

39 — Véanse también los puntos 70 a 74 de la opinión del Abogado General Bot en el asunto en el que recayó la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Detiček* (C-403/09 PPU, Rec. p. I-12193).

derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, publicada el día después de la vista del presente asunto.⁴⁰ El cuarto considerando del preámbulo de la propuesta de Directiva es del siguiente tenor:

«El reconocimiento mutuo sólo puede funcionar eficazmente en un clima de confianza, en el que no solamente las autoridades judiciales, sino también todos los participantes en el proceso penal consideren las decisiones de las autoridades judiciales de otros Estados miembros equivalentes a las de su propio Estado, lo que implica no sólo confianza en la adecuación de las normas de los socios, sino también en que dichas normas se aplican correctamente.»

94. Considero que esta afirmación puede trasladarse íntegramente del ámbito del proceso penal al de los procedimientos relativos a la responsabilidad parental, custodia y cuidado de menores.

40 — Iniciativa del Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Austria, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO 2010, C 69, p. 1).

Los mellizos y el Reglamento

95. Un aspecto de este asunto que es digno de tenerse en cuenta es que se refiere a una disputa sobre la custodia de mellizos, que se hallan actualmente –y posiblemente ahora residen habitualmente, a los efectos del Reglamento– en Estados miembros diferentes. Un principio extremadamente poderoso que rige cualquier decisión relativa a la responsabilidad parental, la custodia o el cuidado es que los hermanos –y sobre todo los mellizos– deben permanecer juntos a menos que circunstancias muy excepcionales aboguen por lo contrario. Cuando menos, parece esencial que la cuestión de su custodia debe tratarse por el mismo tribunal –una afirmación que efectivamente realizó el auto impugnado–.

96. El Reglamento no contiene ninguna disposición específica sobre tal situación.⁴¹ Ésta parece ser una omisión desafortunada, aunque acepto que la formulación precisa de tal disposición podría ser una cuestión delicada. No obstante, a falta de tal norma, el Reglamento establece (en el artículo 15) que el órgano jurisdiccional transfiera un asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado

41 — Es plausible –aunque no he logrado discernir ninguna referencia explícita a tal efecto en ningún caso– que el tribunal español en el auto impugnado y el Gobierno español en sus observaciones en la vista hayan adoptado la postura de que, a los efectos del Reglamento, se considera que los mellizos tienen una residencia habitual conjunta, y que no adquieren una nueva hasta que *ambos* se hayan trasladado a un nuevo Estado miembro. Sea cual sea la postura que hayan adoptado, el Reglamento no establece tal regla, ni a mi entender se puede deducir de él.

miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, en particular si dicho órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor, y exige a los órganos jurisdiccionales que cooperen a tal fin. Además (en el artículo 55) obliga a las autoridades centrales a facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de dicho artículo. En A,⁴² el Tribunal de Justicia puso énfasis en la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de comunicarse directamente o a través de sus autoridades centrales.

98. Tal acuerdo, alcanzado en una fase temprana, bien podría ser capaz de evitar largos procedimientos de apelación, disputas sobre la competencia y una remisión a este Tribunal —todo en interés superior de los menores—. Es posible que a un órgano jurisdiccional, sobre la base de las pruebas que les presenta únicamente un progenitor, le parezca que la transferencia al otro órgano esté cargada de peligros, pero la comunicación y la cooperación deberían hacer desvanecer esta impresión inicial, e intentar comunicarse y cooperar parece esencial en interés de los menores.

99. No obstante, y esto es de lamentar, el Tribunal de Justicia no ha recibido indicación alguna de que se haya adoptado tal iniciativa en el caso de autos.

97. Parece que es altamente deseable que, en un asunto como el presente —que se refiere a una única disputa acerca de la custodia de ambos mellizos y por tanto debe requerir, como mínimo, una apreciación única y coherente de la situación global—, los órganos jurisdiccionales y las autoridades centrales afectadas deberían considerar activamente el uso de tales disposiciones con la intención de acordar que un único tribunal conozca del asunto, es decir, aquel de los dos que esté mejor situado habida cuenta de todas las circunstancias, en particular del interés superior de los mellizos.

100. Sería más digno de lamento aún —efectivamente, indicaría la existencia de un fallo del legislador comunitario—, que una aplicación mecánica del Reglamento tuviera como resultado que un único asunto de responsabilidad parental respecto a mellizos se fragmentara sumariamente entre órganos jurisdiccionales en dos Estados miembros diferentes, que bien pueden dictar resoluciones diferentes que den lugar a situaciones discordantes, en detrimento claro de los menores.

42 — Citada en la nota 37 *supra*, apartado 61 y siguientes y puntos 4 y 5 del fallo.

El ámbito de la cuestión y el del artículo 20

En cualquier caso, es plausible que esté basado en última instancia en la creencia de que el tribunal español consideró que se cumplían los requisitos del artículo 20, apartado 1, o de que todas las medidas provisionales están incluidas en el ámbito del artículo 20, con independencia del órgano jurisdiccional que las adoptó. Sin embargo, de ser éste el caso, ninguna de las creencias me parece justificada.

101. Los órganos jurisdiccionales alemanes deben decidir si el auto impugnado debe reconocerse y ejecutarse en Alemania de acuerdo con el Reglamento.

102. La cuestión que ha planteado el Bundesgerichtshof al Tribunal de Justicia es, en esencia, si las medidas provisionales, en el sentido del artículo 20 del Reglamento, que son ejecutables en el Estado miembro en que se dictan, han de ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros del mismo modo que otras resoluciones ejecutables.

103. En consecuencia, se asume que el auto impugnado está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 20. La base de esta asunción no está del todo clara. Puede serle impuesta al Bundesgerichtshof por la formulación del recurso de casación de la madre o por las apreciaciones del tribunal inferior, como explicó el Gobierno alemán en la vista.

104. En relación con la primera, se ha señalado en varias de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia que el auto impugnado no se refiere en absoluto al artículo 20 y que en el momento de los hechos M ya no estaba en España. No se establece la base precisa sobre la cual el tribunal español asumió la competencia. No obstante, todas las indicaciones en su auto parecen explicables mediante la hipótesis de que él mismo consideró que era competente sobre el fondo para regular la responsabilidad parental respecto de ambos menores⁴³ y que su auto de medidas provisionales, era, procesalmente, un paso previo a la adopción de una resolución más definitiva en este aspecto tras alegaciones más completas de ambos progenitores en el procedimiento sobre el fondo, más que una medida urgente adoptada en las circunstancias establecidas en el artículo 20.

43 — Véanse los puntos 54 a 61 *supra*. En determinadas circunstancias, el último domicilio común y la residencia continuada del padre en España podrían haber fundamentado la competencia con arreglo al artículo 12, apartado 1 (véase la nota 4 *supra*), mientras que la residencia habitual previa de M en dicho Estado, junto con las objeciones del padre (aunque en cierta medida desconocidas) a su traslado podrían haber fundado la competencia con arreglo al artículo 10 (véase el punto 10 *supra*); la referencia a la prioridad en virtud del artículo 19 parece relevante sólo en relación con conflictos de competencia sobre el fondo (véase con más detalle en el punto 169 *infra*).

105. En relación con la segunda, me parece que la interpretación no se sostiene.

106. En primer lugar, en los artículos 8 a 15 el Reglamento establece una exhaustiva lista de reglas de competencia en materia de responsabilidad parental. Forma parte de la naturaleza de tales asuntos que muchas resoluciones tengan carácter provisional. Por ello, el artículo 20 aclara que estas reglas no impiden a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas presentes en dicho Estado, aun cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo, y que dichas medidas dejarán de aplicarse cuando este órgano jurisdiccional haya adoptado las medidas que considere apropiadas. Tal disposición no pretende regular todas las medidas provisionales. Tampoco busca conferir competencia sobre el fondo. Simplemente permite, en determinadas circunstancias, que otro órgano jurisdiccional, que temporalmente está en mejor situación a tal fin que el órgano jurisdiccional competente para conocer sobre el fondo, adopte con carácter de urgencia medidas provisionales necesarias, supeditadas a las medidas que adopte más adelante este último órgano jurisdiccional.⁴⁴

107. Siendo esto así, una respuesta limitada al estatuto de las medidas adoptadas en las circunstancias recogidas en el artículo 20 no

ayudaría a resolver la cuestión de fondo subyacente relativa al reconocimiento y ejecución del auto impugnado —aunque posiblemente pueda ser de ayuda al Bundesgerichtshof para adoptar una decisión en el recurso del que conoce si (como consecuencia de los límites que le impone el procedimiento nacional) dicha decisión debe tomarse sobre la base de que el auto impugnado *se adoptó* en las circunstancias establecidas en el artículo 20—. Negarse a responder la cuestión, como ha sugerido el Gobierno checo, basándose en que, a la luz de los hechos, es hipotética, sería de menos ayuda aún.

108. En cambio, el Tribunal de Justicia ha considerado reiteradamente que el procedimiento prejudicial, que entraña la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y él mismo, le exige proporcionar una respuesta útil que permita a dichos órganos dirimir el litigio que se les ha planteado. Al llevar a cabo esto, el Tribunal de Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias a tal fin, incluidas disposiciones que no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas, y puede tener que reformular las cuestiones.⁴⁵

109. Tal enfoque parece aún más necesario en una disputa relativa a la responsabilidad parental que ya ha sido excesivamente

44 — Véase más detalladamente en el punto 169 *infra*.

45 — Véase por ejemplo, la sentencia de 26 de junio de 2008, Wiedermann y Funk (C-329/06 y C-343/06, Rec. p. I-4635), apartado 45 y la jurisprudencia allí citada.

prolongada. Ya han transcurrido más de dos años, y más de la mitad de la vida de los mellizos, desde que el tribunal español dictó y certificó la orden impugnada. Ello se opone por completo al objetivo central del Reglamento de proteger el interés superior del menor garantizando que las resoluciones se adopten y ejecuten rápidamente, libres de retrasos procesales emanados de la naturaleza transfronteriza de la situación.

examinó en el procedimiento de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid), es si son los tribunales alemanes o los españoles los que tienen competencia para determinar la responsabilidad parental respecto de uno de los mellizos o de ambos, pero no se ha planteado ninguna cuestión al Tribunal de Justicia sobre esta cuestión. Sin embargo, dado que ambas cuestiones están interrelacionadas, algunas consideraciones pueden también afectar a la última cuestión, al menos de manera indirecta.

110. En consecuencia, no estoy de acuerdo con el enfoque restrictivo del Gobierno alemán (de que sólo el órgano jurisdiccional remitente, que tiene un completo conocimiento del procedimiento y las cuestiones de que conoce, está en principio cualificado para definir y delimitar la cuestión que ha de responderse). Más bien haré todo lo posible por examinar todas las cuestiones y normas aparentemente relacionadas, de tal manera que pueda proporcionar la respuesta más útil posible con la intención de llegar a una solución global rápidamente, en interés superior de los mellizos.

112. Como hemos visto, el Reglamento establece el reconocimiento y ejecución casi automáticos de las resoluciones, basados en un alto grado de confianza mutua, lo que a su vez requiere un alto grado de responsabilidad y cooperación. Existen algunas excepciones a la obligación de reconocimiento y ejecución, pero se podía haber esperado, por tanto, como cuestión de principio, que el auto español impugnado fuera reconocido y ejecutado en Alemania.

111. Un punto que hay que señalar al identificar los problemas es que la demanda del padre, sobre la que versa el asunto de que conoce el Bundesgerichtshof, solicita *de hecho* el reconocimiento y la ejecución del auto impugnado únicamente en relación con M, que está en Alemania. Por lo que se refiere a S, que está en España, no es necesario que se reconozca el auto en Alemania, ni ha lugar a ejecutarlo. Un problema distinto, que surge en el procedimiento ante el Amtsgericht Stuttgart (y que, a lo que parece, también se

113. No obstante, se han formulado varias objeciones a este resultado –principalmente, por parte de la madre, aunque algunos Estados miembros han presentado consideraciones coincidentes–. En esencia, existen cinco alegaciones: i) que el tribunal español no tiene competencia sobre el fondo con arreglo al Reglamento para determinar la responsabilidad parental en relación con M; ii) que el auto

impugnado era una medida provisional, y los artículos 21 y siguientes del Reglamento no obligan a reconocer o ejecutar ninguna medida provisional del tipo que sea; iii) que el auto impugnado era una medida provisional, en el sentido del artículo 20 del Reglamento, y que los artículos 21 y siguientes no exigen que las medidas provisionales de esta clase específica se reconozcan o ejecuten; iv) que el artículo 20 del Reglamento no autorizaba al tribunal español a determinar la responsabilidad parental respecto de M, y v) que a pesar del certificado expedido por el tribunal español en virtud del artículo 39 del Reglamento, el auto impugnado dejó de ser ejecutable en España cuando el padre no inició el procedimiento sobre el fondo en el plazo de 30 días laborables desde la fecha del auto.

114. Me esforzaré en examinar todos estos puntos dentro de un marco sistemático, en el que también consideraré la naturaleza del auto impugnado, una cuestión que parece esencial para adoptar la decisión final sobre si ha de ser reconocido o ejecutado.

115. En primer lugar, abordaré la hipótesis de que el tribunal español se consideró competente sobre el fondo, con arreglo al artículo 8 del Reglamento, en relación con ambos mellizos. Examinaré cómo el Reglamento puede permitir a la madre, si niega esta competencia, asegurarse de que el auto ni se reconozca ni se ejecute en Alemania. En este marco,

estudiaré si el hecho de que el auto impugnado sea provisional establece una diferencia.

116. En segundo lugar, asumiré que el tribunal español consideró que no tenía competencia sobre el fondo en relación con M, pero que el artículo 20 del Reglamento le permitía dictar su auto de medidas provisionales, y me preguntaré si normalmente las medidas a las que se refiere dicho artículo han de ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros. Si han de serlo, examinaré de nuevo los trámites que se han de seguir si se discute la competencia.

117. No obstante, antes de examinar cualquiera de estas hipótesis parece útil clarificar brevemente qué significa medida «provisional».

Medidas «provisionales»

118. A primera vista, puede parecer dudosa la necesidad de aclaración; una medida provisional es, evidentemente, la que tiene por objeto producir efectos sólo durante un tiempo limitado —hasta que ocurre un determinado hecho o hasta que transcurre un cierto período de tiempo—.

119. Sin embargo, forma parte de la naturaleza y la esencia del Derecho de familia que, a medida que los menores crecen y las circunstancias cambian, las resoluciones *sobre el fondo* acerca de la responsabilidad parental puedan necesitar modificarse (o incluso invertirse). En consecuencia, ninguna resolución de este tipo es definitiva o final, en el sentido en el que una resolución de divorcio es definitiva o final. Y todas las resoluciones sobre responsabilidad parental producen efectos sólo durante un período limitado, en la medida en que necesariamente dejan de surtir efectos cuando el menor alcanza la mayoría de edad.

120. En el marco del artículo 20 del Reglamento, la situación está clara: una medida provisional es la que se adopta en situaciones de urgencia, que cesa de tener efectos cuando el órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el fondo adopta las medidas que considera apropiadas.

121. Por analogía, podría decirse que una resolución provisional sobre responsabilidad parental adoptada por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo es la adoptada habitualmente para tratar con circunstancias apremiantes que no permiten considerar el asunto desde todas las perspectivas, y, en principio, con la intención específica de que la sustituya una resolución posterior que se ha de adoptar tras haber llevado a cabo un

examen más en profundidad, que en sí misma *no* está específicamente dirigida a ser sustituida o modificada a menos que se produzca un cambio en las circunstancias. En aras de la concisión, me referiré al último tipo de resolución como «firme», ya que no es verdaderamente final o definitiva.

122. En este marco, por ende, una característica habitual de la medida provisional es la existencia de cierta urgencia (y es necesaria cuando se trata del artículo 20). Es importante tener en mente que habitualmente las medidas urgentes se adoptan mediante un procedimiento sumario que puede carecer de algunas o muchas de las garantías normales. Puede que no sea posible oír a todas las partes interesadas o considerar todas las pruebas relevantes. Algunas resoluciones pueden incluso adoptarse por teléfono, generando meramente una nota escrita a mano en los autos.⁴⁶

123. Teniendo en cuenta estas consideraciones, paso a examinar las dos hipótesis planteadas más arriba.

⁴⁶ — Ejemplo proporcionado en el Informe Lagarde sobre el Convenio de La Haya de 1996, citado en la nota 16 *supra*, punto 120.

Primera hipótesis: competencia sobre el fondo

momento en que el padre inició el procedimiento de declaración de ejecutoriedad en Alemania —una cuestión que examinaré más adelante, en los puntos 148 y siguientes—.

Resolución firme

124. Los términos y el sistema del Reglamento están bastante claros: una resolución judicial dictada en un Estado miembro debe reconocerse en el resto de Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, y una resolución judicial dictada en un Estado miembro que es ejecutable en él y ha sido notificada debe ejecutarse en otro Estado miembro cuando ha sido declarada ejecutable en aquél de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento. El artículo 23, leído en combinación con el artículo 31, apartado 2, establece motivos específicos y limitados para denegar el reconocimiento y para desestimar una solicitud de declaración de ejecutoriedad, —a los que presumiblemente deben añadirse la inexistencia de ejecutoriedad en el Estado miembro de origen y la falta de notificación a la parte demandada, como parece deducirse claramente del artículo 28, apartado 1—. Cuando no existe ninguno de estos motivos, simplemente no existe la posibilidad de negar el reconocimiento o la ejecución. En el caso de autos, el único motivo que ha sido alegado (por la madre, ante el Amtsgericht Stuttgart) es que el auto impugnado había cesado en sus efectos en España en el

125. Además, está bastante claro que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de reconocimiento o ejecución no pueden controlar ni la competencia del órgano jurisdiccional de origen ni el fondo de la resolución.

126. La prohibición del control de la competencia también es inherente al artículo 19 del Reglamento, en relación con la litispendencia. Cuando procedimientos relativos al mismo menor y con el mismo objeto y la misma causa se interponen ante órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros, el órgano jurisdiccional que conoce en segundo lugar debe suspender el procedimiento de oficio hasta que se establezca la competencia del órgano jurisdiccional que conoce en primer lugar, momento en el que debe declinar su competencia en favor de dicho órgano jurisdiccional. Y, según la jurisprudencia sobre la disposición contenida en el artículo 21 del Convenio de Bruselas, que es básicamente análoga, corresponde al órgano jurisdiccional que conoce en primer lugar decidir si es

competente.⁴⁷ (Estoy de acuerdo en que la jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas o su sucesor, el Reglamento n° 44/2001, no puede aplicarse automáticamente y de manera indiscriminada al presente Reglamento, pero, en este aspecto particular, no parecen existir motivos para no adaptarla.)⁴⁸

competentes eran los alemanes y no los españoles. Por consiguiente, su único recurso habría sido apelar, dentro del sistema español, contra la asunción de competencia por parte del tribunal español,⁴⁹ en la perspectiva de realizar una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia –al menos en el órgano jurisdiccional de última instancia–.

127. Entonces, ¿qué cabe hacer cuando, como en el presente asunto, una parte discute la competencia del órgano jurisdiccional que adoptó la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se solicita? La respuesta obvia es hacerlo ante el propio órgano jurisdiccional. Si el auto impugnado hubiera sido una resolución firme sobre responsabilidad parental, está claro que el Reglamento no habría permitido a la madre obtener la denegación de reconocimiento o ejecución en Alemania o iniciar un procedimiento posterior en dicho Estado solicitando una nueva resolución firme sobre la base de que los tribunales

128. Tal curso de acción puede demostrarse lento⁵⁰ (aunque podría esperarse que los procedimientos se aceleraran en la medida de lo posible, y, por supuesto, en caso de duda, ahora hasta el órgano jurisdiccional de primera instancia puede plantear una cuestión a este Tribunal y solicitar el procedimiento de urgencia), pero es el único que permite el Reglamento. De nuevo, ello subraya el alto grado de responsabilidad que recae en los órganos jurisdiccionales nacionales cuando asumen la competencia, y la necesidad de que proporcione una motivación explícita, exhaustiva y clara de su asunción. Sólo tal concienciación puede favorecer un auténtico clima de confianza mutua, como requiere el Reglamento, y únicamente tal motivación puede permitir a un órgano jurisdiccional de apelación, a un órgano jurisdiccional de ejecución en otro Estado miembro o al Tribunal de Justicia, como puede ser el caso, zanjar cualquier

47 — En la sentencia de 27 de junio de 1991, *Overseas Union Insurance y otros* (C-351/89, Rec. p. I-3317), apartados 22 y siguientes, el Tribunal de Justicia observó que el objetivo de evitar conflictos negativos de competencias puede alcanzarse sin que el tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda ejerza un control sobre la competencia del primer tribunal, y que no está en ningún caso en mejores condiciones para pronunciarse sobre la competencia del primero. Las normas del Convenio son comunes a ambos tribunales y pueden ser interpretadas y aplicadas de igual modo por cada uno de ellos. Si media oposición a la competencia del primer tribunal, el tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda, si no declina su competencia, no tiene otra solución que suspender el procedimiento, y no puede proceder por sí mismo a la comprobación de la competencia del tribunal ante el que se formuló la primera demanda. En la sentencia de 9 de diciembre de 2003, *Gasser* (C-116/02, Rec. p. I-14693), apartados 46 y siguientes, el Tribunal de Justicia confirmó estas afirmaciones, al señalar que el artículo 21 era una regla procesal que se basaba, clara y únicamente, en el orden cronológico en el que se interpusieron las demandas ante ambos órganos jurisdiccionales.

48 — Véanse, por ejemplo, los puntos 63 y 64 de las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto A, citado en la nota 37 *supra*.

49 — Como, en efecto, parece haber hecho en el procedimiento principal posterior en España, aun antes de que se haya adoptado resolución firme.

50 — Deseo señalar, partiendo de las declaraciones de la madre en las observaciones escritas y en la vista, que su recurso contra la resolución del tribunal español de 28 de octubre de 2008, que confirma su competencia internacional respecto a ambos mellizos en el procedimiento principal, no se resolvió hasta febrero o marzo de 2010.

aspecto controvertido tan rápidamente como sea posible.

judicial, definida en sentido amplio, es provisional o no; las disposiciones del capítulo III sobre reconocimiento y ejecución se refieren al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, también sin distinción; y en ese capítulo, el artículo 23, letra b), prevé que pueda dictarse una «resolución judicial» en caso de urgencia, implicando que puede ser provisional.

Resolución provisional

129. ¿Qué diferencia, si es que existe alguna, marca el que la resolución (adoptada por un órgano jurisdiccional que se considera competente sobre el fondo) sea claramente provisional? Éste puede ser un análisis plausible de la situación en el caso de autos.

130. En primer lugar, como se ha señalado en algunas de las observaciones escritas, el Reglamento no establece ninguna distinción explícita entre resoluciones definitivas o firmes, por un lado, y resoluciones provisionales, por otro. El artículo 2, apartado 4, define el término «resolución judicial» de manera amplia, con independencia de la terminología formal empleada, y no contiene ningún indicio de que deba excluirse alguna categoría; las disposiciones del capítulo II sobre competencia⁵¹ no realizan distinción entre procedimientos dependiendo de si la resolución

131. Tampoco veo ninguna razón imperiosa, vinculada con la naturaleza de las medidas provisionales, para trazar una distinción. Un órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el fondo es un órgano jurisdiccional del Estado miembro con el que el menor tiene, en principio, el vínculo más estrecho (como mínimo, una conexión sustancial). También es el órgano jurisdiccional que adoptará la resolución sobre el fondo en relación con la responsabilidad parental, una resolución que, con arreglo al Reglamento, debe reconocerse y ejecutarse en el resto de Estados miembros. Debe necesariamente tener competencia también para adoptar cuantas medidas provisionales sean necesarias hasta que pueda adoptar una resolución firme.⁵² Y tales medidas provisionales estarán estrechamente relacionadas con la subsiguiente decisión firme. El órgano jurisdiccional decidirá acerca de esas medidas a la luz, entre otros, de su propio deber de alcanzar tal resolución firme tan rápidamente como sea compatible con el

51 — Aparte del artículo 20, al que no se refiere la presente hipótesis.

52 — Como reconoció recientemente, al menos de forma implícita, el Tribunal de Justicia en la sentencia *Detiček* (citada en la nota 39 *supra*), al declarar que la concesión provisional de la custodia por parte del órgano jurisdiccional competente sobre el fondo prevalecía sobre una concesión provisional posterior, presuntamente basada en el artículo 20, acordada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, al que el menor había sido trasladado ilegalmente, según la primera concesión.

examen en profundidad de las alegaciones, y buscará garantizar, en la medida de lo posible, que las medidas provisionales no comprometan o determinen dicha resolución.

132. Visto desde esta perspectiva, me parece que las medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el fondo con arreglo al Reglamento deben reconocerse y ejecutarse en otros Estados miembros, sometidas a los mismos requisitos que la resolución judicial posterior que el mismo órgano jurisdiccional estará llamado a dictar. Cualquier otro enfoque traería consigo el riesgo de prejuzgar esta resolución judicial posterior menoscabando los esfuerzos realizados para garantizar la continuidad – y haría que el Reglamento fuera en gran medida inefectivo respecto de una amplia categoría de resoluciones adoptadas a diario por los órganos jurisdiccionales que conocen de asuntos de familia en toda la Unión Europea.

133. No obstante, puede alegarse que la naturaleza habitualmente sumaria del procedimiento de adopción de una medida provisional, que tal vez carece de algunas de las garantías procesales que normalmente garantizan un juicio justo, va en contra del reconocimiento y la ejecución automáticos.

134. Sin embargo, puede replicarse a esta alegación que el artículo 23 del Reglamento especifica las circunstancias en las que puede

denegarse el reconocimiento y la ejecución, y que tal procedimiento sumario estaba claramente en la mente del legislador: se puede denegar, entre otros motivos, si se dio posibilidad de audiencia al menor (salvo en supuestos de urgencia); o si la resolución se dictó en rebeldía, cuando al rebelde no se le concedió plazo suficiente para preparar su defensa; o si infringe la responsabilidad parental de una persona a la que no se le proporcionó la oportunidad de ser oído.⁵³

135. En consecuencia, el Reglamento no establece ninguna exclusión general del régimen normal de reconocimiento y ejecución simplemente porque en esta clase de procedimiento pueden no existir algunas de las garantías ordinarias. Sólo existe exclusión cuando se deniegan algunas garantías específicas. En el presente asunto, no se sugiere que se denegó ninguna de estas garantías; los menores eran demasiado jóvenes para ser oídos, y se concedieron a la madre suficientes oportunidades de presentar sus alegaciones, de las que hizo uso.

136. Otro posible argumento para tratar las medidas provisionales con más cautela es que puede que no quepa recurso contra la resolución sobre medidas provisionales, de manera que la parte que desea contestar la

53 — Artículo 23, letras b), c) y d), respectivamente.

competencia pueda no tener posibilidad de hacerlo ni en el Estado miembro de origen ni en el Estado miembro de ejecución.

137. No se desprende claramente de los autos si tal situación se produce en el presente asunto.⁵⁴ En mi opinión, las respuestas del Gobierno español a las preguntas del Tribunal de Justicia, escritas u orales, tampoco han aclarado completamente esta situación. En cualquier caso, por lo menos se sugiere que podría haber existido algún tipo de recurso contra la asunción por parte del tribunal español de la competencia para dictar el auto impugnado, y parece que al menos la madre pudo discutir esta competencia en el contexto del procedimiento principal posterior. Sin embargo, sea cual sea la verdad del asunto en el presente contexto, si en cualquier situación particular no cabe recurso contra la asunción de competencia por parte del órgano jurisdiccional, entonces, en el supuesto de impugnación ante él, este órgano jurisdiccional es uno de los que están obligados en virtud del artículo 267 TFUE (artículo 234 CE) a plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia —y se puede confiar en que su solicitud se tramitaría por un procedimiento de urgencia—.

138. En sus observaciones escritas al Tribunal de Justicia, la madre formuló otro motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de resoluciones sobre medidas provisionales (de un órgano jurisdiccional que asume la competencia sobre el fondo) del mismo modo que el reconocimiento o la ejecución de resoluciones firmes. Tras haber alegado en primer lugar que las medidas adoptadas en la circunstancias recogidas en el artículo 20 no deben reconocerse o ejecutarse en otros Estados miembros (una cuestión que examinaré más abajo),⁵⁵ argumenta que debe adoptarse el mismo enfoque cuando el órgano jurisdiccional no actúa en dichas circunstancias, sino que asume la competencia sobre el fondo y adopta medidas provisionales en el ámbito de tal competencia. Afirma que adoptar un enfoque diferente obligaría al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a determinar si el órgano jurisdiccional de origen basó su competencia en los artículos 8 a 14 o en el artículo 20 —mientras que el artículo 24 del Reglamento prohíbe expresamente el control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen—.

139. Creo que este análisis está mal concebido, con independencia de si debería trazarse una diferencia entre las dos categorías de medidas provisionales. Para determinar si una medida provisional se adoptó basándose en una competencia sobre el fondo derivada de las normas del Reglamento o en las circunstancias establecidas en el artículo 20, no es necesario *controlar* la competencia del

54 — Véase el punto 63 *supra*. Véase también la sentencia de 25 de junio de 2009, Roda Golf & Beach Resort (C-14/08, Rec. p. I-5439), apartados 24 a 30.

55 — Véanse los puntos 156 y siguientes *infra*.

órgano jurisdiccional de origen, sino meramente *precisar* la base sobre la que se consideró competente.

En la vista, el Gobierno checo defendió precisamente el enfoque opuesto.

140. Debe admitirse que no siempre es fácil establecer esta base. En el caso de autos, el auto impugnado no está ni tan completa ni tan claramente motivado como sería de desear –aunque el tribunal español consideró el asunto desde diferentes ángulos y consideró que era competente, remitiéndose a diferentes bases para la competencia sobre el fondo, pero no al artículo 20–. En otros casos, el razonamiento puede ser bastante más lacónico, o incluso brillar por su ausencia, incumpliendo así completamente el deber de respeto de las obligaciones que recaen sobre los órganos jurisdiccionales nacionales como corolario al principio de confianza mutua que permea el Reglamento.

142. En la sentencia Mietz, el Tribunal de Justicia puso énfasis (en el contexto del Convenio de Bruselas) en que, al ordenar el pago con carácter provisional, el órgano jurisdiccional de origen no se había referido expresamente a su competencia sobre el fondo con arreglo al Convenio, y que de los términos de su resolución no se deduce que tal competencia era evidente (como habría sido el caso si, por ejemplo, la resolución hubiera mostrado que el demandado residía en el Estado Parte del órgano jurisdiccional de origen y que ninguno de los tipos de competencia exclusiva establecidos en el Convenio era aplicable). En consecuencia, el Tribunal de Justicia consideró que, cuando el órgano jurisdiccional de origen guarda silencio respecto de la base de su competencia, la necesidad de garantizar que no se eludan las normas del Convenio exige que su resolución se interprete en el sentido de que basó su competencia para dictar medidas provisionales en su Derecho interno, y no en cualquier competencia sobre el fondo derivada del Convenio.

141. La Comisión y el Gobierno alemán afirman en particular que, si la base sobre la cual se asume la competencia no puede precisarse claramente partiendo de los términos o el contenido de la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se solicita, entonces, por analogía con la sentencia Mietz,⁵⁶ debería presumirse que está basada en el artículo 20.

143. Como he señalado, no todos los aspectos de la jurisprudencia del Convenio de Bruselas y del Reglamento n° 44/2001 son adecuados para su adaptación absoluta al contexto del presente Reglamento. Me parece que este aspecto requiere matización –aunque no veo motivos para llevar a cabo la

56 — Sentencia de 27 de abril de 1999 (C-99/96, Rec. p. I-2277), en particular apartados 50 y 55.

interpretación completamente contraria que propone la República Checa—.

competencia se asumió en las circunstancias establecidas en el artículo 20, apartado 1.

144. El presente Reglamento —al contrario que el Convenio de Bruselas y el Reglamento n° 44/2001— contempla específicamente la comunicación entre órganos jurisdiccionales, facilitada en caso necesario por las autoridades centrales de los Estados miembros relevantes. De acuerdo con el espíritu de cooperación mutua que subyace en el Reglamento, dicha comunicación se extiende a todas las materias que puedan facilitar o acelerar los procedimientos relacionados con el reconocimiento o la ejecución de sentencias. Dado que todo lo que se exige aquí es precisar la base sobre la que el tribunal de origen se consideró competente, la comunicación no debería ser demasiado ardua.

146. En el presente asunto me parece que, aunque el auto impugnado no es tan explícito como cabría desear, una conclusión muy natural que se puede extraer de él es que el tribunal español se consideró competente sobre el fondo, y que no se basó en el artículo 20.⁵⁸

145. Por consiguiente, yo matizaría el enfoque seguido por el Tribunal de Justicia en el contexto del Convenio de Bruselas. El elevado grado de cooperación y la disposición específica sobre comunicación entre órganos jurisdiccionales —la obligación de hacer uso de ella es evidente en la jurisprudencia—⁵⁷ exigen que un órgano jurisdiccional de ejecución que tenga dudas acerca de la base de la competencia asumida por el órgano jurisdiccional de origen, solicite al órgano jurisdiccional en cuestión que precise esta base. Sólo si tal trámite no produce un resultado razonablemente rápido debería presumirse que la

147. Cabe añadir que, en las circunstancias del caso de autos, no se podría haber basado correctamente en el artículo 20, dado que M no estuvo presente en España en ningún momento durante el procedimiento ante el tribunal español. (Podría deducirse de los apartados 50 a 52 de la sentencia Detiček,⁵⁹ que, para adoptar una medida provisional sobre responsabilidad parental en las circunstancias establecidas en el artículo 20, no sólo el menor sino también las personas que ejercieron previamente o ejercen actualmente esta responsabilidad deben estar presentes en el Estado miembro afectado. Sin embargo, estoy de acuerdo con la opinión expresada en la vista por algunos de los presentes de que tal enfoque sería incorrecto, y que es únicamente la presencia del menor la que determina si se pueden adoptar medidas provisionales urgentes respecto de él.) Por lo que respecta a S, el hecho de que no abandonara el territorio español desde su nacimiento significa que la competencia sobre el fondo de los tribunales

57 — Véanse el punto 96 y la nota 42 *supra*.

58 — Véanse los puntos 54 a 61 y 104 y la nota 43 *supra*.

59 — Citada en la nota 39 *supra*.

españoles con arreglo al artículo 8 es incuestionable y (por el momento) no hay ningún problema de reconocimiento o ejecución en otro Estado miembro.

148. Por último, la madre alegó ante el Amtsgericht Stuttgart que, a pesar del certificado expedido por el tribunal español en virtud del artículo 39 del Reglamento, el auto impugnado no es ejecutable en España porque las medidas provisionales de este tipo dejan de tener efectos si no se inicia el procedimiento sobre el fondo en el plazo de 30 días hábiles, y que, en el presente asunto, el padre no inició tal procedimiento en plazo.⁶⁰

149. Si tal alegación está fundada o no de hecho y en Derecho procesal español no es una cuestión que deba ser zanjada por este Tribunal. Sin embargo, puede surgir una cuestión relacionada con el Reglamento si una parte solicita una declaración de ejecutoriedad en otro Estado miembro de una medida que ha dejado de ser ejecutable en el Estado miembro de origen pero respecto de la cual se ha expedido un certificado.

150. En virtud del artículo 28, apartado 1, del Reglamento, para que se ejecuten en otro

Estado miembro, las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental deben ser ejecutivas en el Estado miembro de origen. Con arreglo a los artículos 37, apartado 1, letra b), y 39, la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe acompañarse de un certificado que tenga el formato establecido en el anexo II, expedido por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. En el punto 9.1 de dicho certificado se requiere al órgano jurisdiccional en cuestión que declare si la resolución judicial es ejecutiva con arreglo a la normativa de dicho Estado. Por consiguiente, surge la cuestión de si el Estado miembro de ejecución tiene la posibilidad de ir más allá de tal certificado, una vez expedido, para esclarecer si la resolución judicial es (aún) ejecutiva.

151. Me parece que tal posibilidad queda abierta al órgano jurisdiccional al cual se solicita la declaración de ejecutoriedad. Aunque el artículo 31, apartado 2, establece que sólo se podrá denegar la solicitud por los motivos establecidos en el artículo 23, parece lógicamente necesario que también se pueda denegar si no es ejecutable en el Estado miembro de origen, dado que dicha fuerza ejecutiva es un requisito específicamente establecido en el artículo 28, apartado 1. No obstante, la presentación del certificado del anexo II no es un requisito absoluto para el cumplimiento de dicho requisito, ya que el artículo 38, apartado 1, permite al órgano jurisdiccional de Estado miembro de ejecución aceptar documentos u otra información equivalentes. Más aún, nada en las secciones 2 y 3 del capítulo III, que rigen el procedimiento para la declaración de ejecutoriedad de documentos relativos a la responsabilidad parental, establece que el

60 — Véase el punto 65 *supra*.

certificado del anexo II sea vinculante o que no quepa recurso contra él.

152. Ello contrasta claramente con las disposiciones de la sección 4, que regula la ejecutoriedad de determinadas resoluciones judiciales relativas al derecho de visitas o que exigen el retorno del menor. Esta sección prevé los certificados que utilizan los formularios de los anexos III y IV, respectivamente, y el reconocimiento y ejecución «sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen». ⁶¹ También establece que no cabe presentar un recurso contra la expedición de un certificado ⁶² pero, de hecho, al no permitir aceptar documentos o información equivalentes, convierte la presentación de un certificado en un requisito absoluto para la ejecución.

153. En consecuencia, me parece que la intención del legislador era establecer una distinción entre las resoluciones judiciales sobre

el ejercicio de responsabilidad parental, por un lado, y las relativas al derecho de visita o que requieran la restitución del menor, por otro. ⁶³ Para éstas, el certificado a fin de que, por ejemplo, se ejecute en el Estado miembro de origen es crucial; es a la vez necesario y vinculante. Para aquéllas, el certificado es importante, pero ni es una necesidad absoluta ni es inmune al recurso.

154. Cuando una medida no tiene efectos indefinidamente en un Estado miembro de origen, sino que cesará o puede cesar en sus efectos tras un período de tiempo, o cuando ocurra o no un evento particular, por supuesto no es sólo deseable sino inherente al sistema de confianza mutua que permea el Reglamento que el órgano jurisdiccional indique la limitación en el certificado. Cuando no existe tal indicación, queda abierto a cualquier parte interesada aportar prueba de que la medida ya no es ejecutiva. En tal caso, siguen estando disponibles los mismos medios de comunicación entre órganos jurisdiccionales y autoridades centrales, como cuando es necesario comprobar el fundamento de la competencia. Cuando estos medios proporcionan una respuesta satisfactoria, obviamente el órgano

61 — Véanse los artículos 41, apartado 1, y 42, apartado 1.

62 — Artículo 43, apartado 2.

63 — Confirman esta posición los considerandos vigesimotercero y vigesimocuarto de la exposición de motivos, que parecen estar relacionados sólo con «las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor», al hablar del reconocimiento automático sin que quepan motivos de denegación de la ejecución y de la imposibilidad de presentar un recurso contra un certificado.

jurisdiccional de ejecución no debe ir más allá, pero, a falta de tal respuesta, no debería impedir a las partes aducir prueba en tiempo mediante otros medios.

comunicación para comprobar si la decisión es (aún) ejecutable en el Estado miembro de origen, si se discute la exactitud de un certificado emitido con arreglo al artículo 39.

Segunda hipótesis: medida permitida por el artículo 20

155. Por consiguiente, llego a la conclusión de que las medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base de la competencia que le otorgan las normas sobre competencia sobre el fondo del Reglamento deben reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro del mismo modo que cualquier otra resolución judicial adoptada sobre la misma base, de acuerdo con los artículos 21 y siguientes del Reglamento. Un órgano jurisdiccional que conoce de una solicitud de reconocimiento o no reconocimiento de tal medida, o de una declaración de ejecutoriedad, está facultado para precisar la base de la competencia en la que se fundamenta el órgano jurisdiccional de origen mediante los términos o el contenido de su resolución, o si resulta necesario, comunicándose con dicho órgano jurisdiccional directamente o a través de las autoridades centrales apropiadas. Sólo si dicha comunicación no produce un resultado razonablemente rápido, se podría presumir que asumió la competencia en las circunstancias descritas en el artículo 20, apartado 1. En el supuesto de medidas (provisionales) sobre responsabilidad parental, puede utilizarse el mismo medio de

156. ¿Se aplica la misma conclusión en relación con el reconocimiento y la ejecución cuando las medidas provisionales de que se trata no se adoptan sobre la base de la competencia sobre el fondo con arreglo al Reglamento, sino sobre la base del Derecho nacional, en los supuestos taxativos recogidos en el artículo 20?

157. Una observación inicial obvia es que el propio tenor del artículo 20 limita la naturaleza de las medidas cubiertas («en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado») de tal manera que los problemas de reconocimiento o ejecución en otro Estado miembro pueden no surgir con frecuencia. Además, el que dichas medidas dejen de aplicarse tan pronto como el órgano jurisdiccional que tiene la competencia sobre el fondo adopte medidas significa que cualquier reconocimiento o ejecución bien puede tener sólo un

valor efímero para la parte que los solicita.⁶⁴ No obstante, el que sea mucho más probable que dichas situaciones se produzcan en las circunstancias establecidas en el artículo 20 que en el supuesto de medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el fondo no significa que no se puedan producir nunca, particularmente en circunstancias en las que ocurre un incidente durante una estancia legal temporal de un menor en un tercer Estado miembro.

158. De entre quienes han presentado observaciones escritas, sólo los Gobiernos español e italiano consideran que las medidas adoptadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20 deben ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados miembros. Ambos señalan la definición extremadamente amplia de «resolución judicial» contenida en el artículo 2, apartado 4, del Reglamento,⁶⁵ que es el término empleado en todas las normas sobre reconocimiento y ejecución, y que consideran debe cubrir cualquier resolución ejecutable de cualquier órgano jurisdiccional, con independencia de la base sobre la que se adoptó. El Gobierno italiano pone énfasis en la importancia del derecho a ser oído, que considera el único criterio esencial para que una resolución sea ejecutoria en otros Estados miembros. El Gobierno español considera

que si las medidas adoptadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20 se excluyeran de las normas sobre reconocimiento y ejecución se menoscabaría el efecto útil del Reglamento.⁶⁶

159. La Comisión, aunque expresa en sus observaciones escritas la opinión de que el artículo 20 no era relevante en el contexto del litigio principal, expuso un enfoque bastante original en la vista. En efecto, sugirió que lo dispuesto en los artículos 21 y siguientes del Reglamento era de aplicación a las medidas adoptadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20, apartado 1, pero sólo si cada una de estas circunstancias —presencia de la persona o los bienes en cuestión, urgencia y naturaleza provisional de la medida— había podido ser rigurosamente comprobada y se había garantizado el derecho a ser oído. En particular, alegó que la naturaleza provisional de la medida debe formularse de manera explícita en la resolución adoptada y en el plazo de validez indicado.

160. Aunque pudiera ser un enfoque deseable, me parece que no tiene fundamento en el Reglamento mismo. En particular, requeriría aplicar los artículos 21 y siguientes modificando al mismo tiempo la aplicación del artículo 24, que prohíbe cualquier control de la

64 — Por supuesto, algunas medidas, como la autorización judicial para la venta de los bienes percederos pertenecientes al menor (o a la pareja, dado que el artículo 20 regula también el divorcio, la separación legal o la anulación matrimonial), o para someter al menor a una intervención quirúrgica (ejemplos ambos citados en el Informe Lagarde sobre el Convenio de La Haya de 1996, citado en la nota 16 *supra*, relativo al artículo 11, apartado 1, de dicho Convenio), tendrán efectos *de facto*, pero no podrán ser reconocidas en otros Estados miembros.

65 — «[...] las [resoluciones] relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto».

66 — Citando la sentencia de 11 de julio de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, Rec. p. I-5271), apartados 80 y siguientes

competencia. Por consiguiente, no considero que este enfoque esté justificado por la normativa en su versión actual.

de términos se deriva de los ancestros de la disposición,⁶⁷ cuyos precursores se refieren casi exclusivamente a «medidas».

161. Las otras partes que presentaron observaciones escritas formularon una serie de alegaciones a menudo coincidentes, todas en el sentido de que las normas sobre reconocimiento y ejecución de los artículos 21 y siguientes no se aplican a las medidas provisionales adoptadas únicamente sobre la base del artículo 20.

162. En primer lugar, los Gobiernos portugués y del Reino Unido sugieren que, como el artículo 20 se refiere a «medidas» provisionales, más que a «resoluciones judiciales», se quiso específicamente excluir dichas medidas de las «resoluciones judiciales» a las que se refiere el resto del Reglamento, en particular las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución. No la considero una alegación convincente, en particular a la luz de la expresión «independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto» del artículo 2, apartado 4, leída en combinación con la definición muy amplia de «órgano jurisdiccional» contenida en el artículo 2, apartado 1. En este contexto, yo habría esperado que, si el legislador hubiera tenido la intención de distinguir en el artículo 20 entre «medida» y «resolución judicial», fuera más explícito. Más bien me parece que es probable que la elección

163. En segundo lugar, los Gobiernos checo, portugués y del Reino Unido enfatizan que el artículo 20 es una excepción al esquema general del Reglamento y que como tal debe interpretarse de manera estricta. Acepto que el artículo 20 es una excepción, pero es una excepción a las reglas generales sobre competencia (incluida la litispendencia)⁶⁸ del capítulo II, entre las que se encuentra, y no a las de reconocimiento y ejecución del capítulo III. Por consiguiente, coincido en que el artículo 20 debe interpretarse estrictamente al decidir si una situación está incluida en su ámbito de aplicación, en particular en relación con los requisitos de urgencia y presencia en el territorio. No obstante, no estoy convencida de que deba dar lugar, como corolario automático, a una aplicación restringida de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, particularmente a la luz de la lista aparentemente taxativa de motivos de denegación del reconocimiento contenida en el artículo 23 del Reglamento.⁶⁹

67 — Véanse los puntos 30 a 47 *supra*.

68 — Véase el punto 169 *infra*.

69 — Véase el punto 18 *supra*; la lista correspondiente de motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial figura en el artículo 22. No obstante, señalo que en el punto 56 de sus conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia A (citada en la nota 37 *supra*), en la que se basa el Gobierno del Reino Unido, la Abogada General Kokott examinaba sólo la cuestión de la competencia, sobre la que versaba el asunto, y no la del reconocimiento y la ejecución.

164. Una alegación adicional, formulada por la madre y por los Gobiernos húngaro y del Reino Unido, está basada en los apartados 50 a 52 de la sentencia A,⁷⁰ donde el Tribunal de Justicia declaró en esencia que, ya que las medidas a que se refiere el artículo 20 son aquellas «previstas en su propia legislación», corresponde al legislador nacional establecerlas, y que, toda vez que se adoptan sobre la base del Derecho nacional, su naturaleza vinculante debe derivarse de la normativa nacional de que se trata. Por consiguiente, estas partes alegan que las medidas provisionales adoptadas únicamente sobre la base del artículo 20 no derivan ninguna fuerza vinculante del Reglamento mismo y que, ya que tal fuerza se deriva del Derecho nacional, debe limitarse al territorio al que se aplica dicho Derecho.

165. Sin embargo, soy de la opinión de que cualquier resolución vinculada con el Reglamento, sea provisional o no, se adopte en virtud de la competencia sobre el fondo con arreglo al Reglamento o simplemente sobre la base del artículo 20, obtiene su fuerza vinculante en primer lugar del Derecho nacional del órgano jurisdiccional que la adopta, y del Reglamento sólo con carácter subsidiario.⁷¹ En efecto, con arreglo al artículo 28, apartado 1, que la resolución judicial sobre el ejercicio de la responsabilidad parental deba ser

ejecutable en el Estado miembro de origen es un requisito explícito para declarar la ejecutoriedad en otro Estado miembro. Entonces, no parece haber razón para tratar los asuntos relativos a la ejecución de medidas provisionales adoptadas en las circunstancias del artículo 20 de manera diferente al resto de medidas sobre la única base de su fuerza vinculante.⁷²

166. Otra alegación formulada por el Reino Unido en sus observaciones escritas consiste en que el reconocimiento y la ejecución de las «medidas del artículo 20» fuera del territorio del Estado de origen menoscabaría el esquema general del Reglamento y la regla general de que la competencia corresponde al Estado miembro de residencia habitual del menor. El artículo 20 garantiza que no exista ninguna laguna en cuanto a la competencia, pero entraña un riesgo de demora antes de que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo pueda actuar. Este riesgo podría incrementarse si las medidas del artículo 20 han de ejecutarse en otros Estados. Por ejemplo, un progenitor podría solicitar una medida provisional de custodia a un órgano jurisdiccional incompetente sobre el fondo con arreglo al Reglamento, en las circunstancias establecidas en el artículo 20. Si el otro progenitor intenta acudir al órgano jurisdiccional

70 — Citada en la nota 37 *supra*.

71 — Además, dado que el Reglamento no contiene disposiciones de Derecho material en ninguno de los ámbitos con los que está relacionado, siempre se dará el caso, incluso cuando la competencia se base claramente en los artículos 8 a 15, de que cualquier medida deba estar, en la práctica, «prevista en la normativa nacional».

72 — Deseo enfatizar de nuevo (véase la nota 69 en relación con las conclusiones de la Abogada General Kokott) que, en la sentencia A, el Tribunal de Justicia no abordó ninguna cuestión de ejecución en otro Estado miembro, sino que simplemente se le preguntó si las disposiciones de Derecho nacional relativas a una medida provisional adoptada en las circunstancias recogidas en el artículo 20 eran vinculantes, y respondió que ello incumbía al Derecho nacional.

competente sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor, este órgano jurisdiccional podría no poder declararse competente hasta que el órgano jurisdiccional que conoce en primer lugar decline. En la práctica, esto podría llevar algún tiempo –durante el cual el primer progenitor podría obtener un auto que fuera reconocido y ejecutado en toda Europa–.

167. En consecuencia, este enfoque parece asumir que, cuando se formula una solicitud a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro basándose únicamente en que concurren las circunstancias del artículo 20, entonces éste se convierte en el «órgano jurisdiccional que conoce en primer lugar», a los efectos de las reglas sobre litispendencia del artículo 19, de manera que el «órgano jurisdiccional que conoce en segundo lugar» no puede actuar hasta que el primero haya declinado su competencia.⁷³

168. No obstante, el Reino Unido adoptó un enfoque diferente en la vista, considerando que el artículo 20 estaba «esculpiendo» a partir de las normas de competencia del resto del Reglamento un área específica en la que

dichas reglas no se aplican, sino que se conservan las normas nacionales sobre competencia. El Gobierno alemán añadió que, en el plano meramente formal, el artículo 20 seguía al artículo 19, que se aplica sólo a las normas sobre competencia que le preceden, y que el artículo 20 perdería una buena parte de su efecto útil si se le aplicaran las reglas sobre litispendencia. La Comisión consideró que se aplicaban las reglas sobre litispendencia, pero que el test del artículo 19 de «el mismo objeto y la misma causa» debería aplicarse rigurosamente, con el resultado, a mi juicio, de que en la práctica el objeto y la causa casi nunca serían los mismos en los procedimientos sobre el fondo y en los procedimientos iniciados en las circunstancias establecidas en el artículo 20, apartado 1.

169. Considero que el Reglamento no concede ninguna competencia a un órgano jurisdiccional que actúa solamente sobre la base del artículo 20. Simplemente «no se impide» que adopte tales medidas en la medida en que sea necesario y estén previstas en su normativa nacional, respecto de personas o bienes que estén bajo su jurisdicción territorial, que se aplican sólo hasta que el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo adopte medidas. El propio hecho de que actúa sólo sobre la base del artículo 20 significa que su competencia *no* puede establecerse a los efectos del artículo 19, de manera que los procedimientos ante él no activan las reglas de litispendencia. Parece derivarse claramente de la estructura del artículo 20, y en particular del apartado 2, que la disposición no establece un obstáculo para acudir al órgano jurisdiccional que tiene competencia

73 — Una asunción que pueden compartir el Amtsgericht y el Oberlandesgericht Stuttgart (véanse los puntos 69 y 70 *supra*).

sobre el fondo con arreglo al Reglamento, cuyas resoluciones sustituirán inmediatamente las adoptadas con arreglo al artículo 20. Por otro lado, la opinión de la Comisión, aunque posiblemente lleve al mismo resultado en la práctica, parece innecesariamente intrincada e incierta.

170. En consecuencia, no veo que exista peligro de menoscabar el sistema general del Reglamento o la regla general que confiere competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor si las medidas provisionales adoptadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20 se reconocen o ejecutan en Estados miembros distintos de aquel en que se dictaron. Tal y como entiendo el sistema general, una vez que conoce, el órgano jurisdiccional que tiene competencia sobre el fondo sigue siendo competente en todo momento para adoptar cualquier medida apropiada. Cualquier competencia de otro órgano jurisdiccional para adoptar medidas provisionales en las circunstancias establecidas en el artículo 20 continúa subordinada a esta competencia sobre el fondo. Si existe algún riesgo de retraso, no surge de las reglas sobre litispendencia o de la ejecutoriedad de las medidas adoptadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20, sino sólo de una posible falta de diligencia al acudir al órgano jurisdiccional competente sobre el fondo. Por otro lado, la eficacia de las medidas adoptadas en estas circunstancias, —que, por definición son urgentemente necesarias— sería potencialmente fácil de eludir, durante este plazo,

si su fuerza ejecutiva se evaporara tan pronto como el menor cruzara una frontera nacional.

171. Por consiguiente, ninguna de las alegaciones que he examinado hasta ahora me convence de que las medidas provisionales adoptadas en las circunstancias recogidas en el artículo 20 del Reglamento deban tratarse de manera diferente, en relación con el reconocimiento y ejecución en otros Estados, que las medidas, provisionales o de otro tipo, adoptadas por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo con arreglo al Reglamento. No obstante, otra alegación, formulada por la madre y los Gobiernos alemán y húngaro, es bastante más convincente.

172. El tenor del artículo 20, apartado 1, del presente Reglamento es idéntico al del artículo 12 del Reglamento n° 1347/2000 y (aparte de la referencia al «Convenio» en lugar de al «Reglamento») al del artículo 12 del Convenio de Bruselas II. La exposición de motivos de la propuesta de la Comisión de 1999 que dio lugar a la adopción del Reglamento n° 1347/2000 y el Informe Borrás⁷⁴ sobre el Convenio Bruselas II⁷⁵ declaran (en idénticos términos) en relación con estas disposiciones: «La regla contenida en este artículo se limita a establecer efectos territoriales en el Estado en el que las medidas se adoptan.» Por su parte, la exposición de motivos de la propuesta de

74 — COM(1999) 220 final.

75 — Citado en la nota *8 supra*.

la Comisión de 2002 del presente Reglamento⁷⁶ establece, con relación al artículo 20 que «éste artículo sigue de cerca al artículo 12 del Reglamento (CE) del Consejo n° 1347/2000», aunque no realiza ninguna mención explícita al efecto territorial.

173. Por consiguiente, el contexto indica la existencia de una intención deliberada de los redactores de estos tres instrumentos de excluir las medidas provisionales adoptadas meramente sobre la base de la urgencia y la presencia por un órgano jurisdiccional que es incompetente sobre el fondo, del ámbito de las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Debe suponerse que el Consejo era consciente de esta intención cuando adoptó el Reglamento n° 1347/2000 y lo aprobó sin realizar ninguna modificación del artículo 12. Creo que también puede presumirse que debería haberse exigido alguna modificación explícita para modificar este enfoque en el contexto del presente Reglamento.

174. Ha de reconocerse que otros elementos presentes en los ancestros más lejanos del Reglamento pueden militar a favor del reconocimiento y ejecución. Por ejemplo, el Informe Schlosser sobre las adhesiones de 1978 al Convenio de Bruselas⁷⁷ declaró en relación

con la disposición equivalente del Convenio, que la gran variedad de medidas provisionales previstas en la normativa irlandesa y del Reino Unido podría entrañar ciertas dificultades «cuando los procedimientos ejecutivos de los Estados miembros originales de la Comunidad deban dar efectos a las resoluciones provisionales dictadas en estos Estados» –dejando claro de este modo que se contemplaba la ejecución en otros Estados miembros. Y el Informe Lagarde⁷⁸ sobre el Convenio de La Haya de 1996 muestra que las medidas de protección adoptadas sobre la base de urgencia, con arreglo al artículo 11 de dicho Convenio, han de reconocerse en todos los Estados contratantes, mientras que las medidas provisionales que no son urgentes, con arreglo al artículo 12, tienen sólo efecto territorial.

175. Aún así, a pesar de tales indicaciones y por convincentes que parezcan, y a pesar de las ventajas que puedo observar⁷⁹ en la posibilidad de reconocer y ejecutar con arreglo al Reglamento, en otros Estados miembros, medidas ordenadas en las circunstancias establecidas en el artículo 20, apartado 1, hasta que el órgano jurisdiccional con competencia sobre el fondo dicte medidas, me parece que se deriva claramente de la historia legislativa directa de la disposición que tales medidas están dirigidas a tener su efecto principal sólo en el Estado miembros en el que se dictan. En consecuencia, no se les aplica lo dispuesto en los artículos 21 y siguientes, que disponen el

76 — COM(2002) 222 final.

77 — Citado en la nota 10 *supra*, punto 183.

78 — Citado en la nota 16 *supra*, puntos 72 y 75.

79 — Véase el punto 170 *supra*, *in fine*.

reconocimiento y ejecución casi automáticos en otros Estados miembros.

reconocimiento y ejecución casi automáticos establecidos en el Reglamento, puede no obstante beneficiarse de otros procedimientos, aunque posiblemente más onerosos, derivados del Derecho nacional, y en particular de los requeridos por los Convenios bilaterales o multilaterales de los que los Estados miembros de que se trata son partes.

176. Sin embargo, deseo poner énfasis en que la conclusión a la que he llegado de este modo no significa que el Reglamento *prohiba* cualquier reconocimiento o ejecución en otros Estados miembros de las medidas dictadas en las circunstancias recogidas en el artículo 20, apartado 1. Más bien quiere decir que el Reglamento no regula el reconocimiento y la ejecución de tales medidas. Y, en las materias que no rige el Reglamento, los convenios preexistentes siguen siendo aplicables a las relaciones entre Estados miembros.⁸⁰ Un convenio relevante puede ser el Convenio Europeo de 1980,⁸¹ que no establece distinciones entre medidas provisionales y de otro tipo, pero cuyo artículo 14 obliga a los Estados partes a «[aplicar] un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia». En el presente asunto, el Convenio bilateral de 1983⁸² también podría ser relevante.

178. Tras haber llegado a esta conclusión, no creo que sea necesario examinar la cuestión [objeción iv), planteada en el apartado 113 *supra*] de si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución puede examinar la competencia asumida sobre la base del artículo 20. El que M no estuviera en España en el momento en que se dictó el auto impugnado, y que, por tanto, no se cumpliera uno de los requisitos establecidos en el artículo 20, apartado 1, es irrelevante para los tribunales alemanes si, en todo caso, no se aplican los requisitos de reconocimiento y ejecución del Reglamento cuando se asume la competencia sobre esta base. En ese caso, se aplica el mismo tipo de consideración a la alegación de que el auto impugnado había cesado en sus efectos en el momento en que se solicitó su ejecución.

177. En consecuencia, si una medida provisional adoptada en las circunstancias establecidas en el artículo 20, apartado 1 –y, por tanto, sobre la base de las competencias y los recursos previstos en el Derecho nacional–, no puede disfrutar de los procedimientos de

179. En cualquier caso, si el reconocimiento y ejecución de una medida adoptada en las circunstancias recogidas en el artículo 20, apartado 1, no son materias reguladas por el Reglamento, entonces cuando se solicite tal reconocimiento o ejecución la prohibición de

80 — Véanse los artículos 59 a 62 del Reglamento.

81 — Véanse los puntos 40 y 46 *supra*.

82 — Véase el punto 48 *supra*.

control de la competencia establecida en el artículo 24 no se aplicará.

proveer una respuesta útil a la cuestión principal planteada, sino también los de los Estados miembros y la Comisión en sus intentos por ayudar al Tribunal de Justicia a este respecto. En general, ha contribuido probablemente a la prolongación de un litigio que, por el contrario, debería haberse acelerado en la medida de lo posible, teniendo en cuenta los intereses superiores de los menores de que se trata.

Consideraciones finales

180. Al analizar las cuestiones que surgen de esta petición de decisión prejudicial, he considerado necesario adoptar un enfoque amplio y considerar cuestiones que bien cabe al final que se demuestre que no son completamente relevantes para la solución de las cuestiones que deben decidirse.

181. Ello es debido en gran medida a la aparente discrepancia entre el fundamento (fuese el que fuese) sobre el que el tribunal español se consideró de hecho competente y la asunción en el procedimiento ante el tribunal remitente de cuál era esa base.

182. Esta discrepancia –tenida en cuenta conjuntamente, hay que decirlo, con la falta de alegaciones de ningún tipo por parte del padre– habrá dificultado no sólo la labor del Tribunal de Justicia en sus esfuerzos por

183. Parece ser que la discrepancia surge en parte como resultado de la falta de claridad del auto impugnado al establecer la base de la competencia sobre la cual se adoptó y en parte, posiblemente, por las limitaciones procesales impuestas por el recurso de casación de la madre al Bundesgerichtshof.

184. Sin embargo, sean cuales sean sus causas, la existencia y efectos de la discrepancia me llevan a volver a incidir en las obligaciones que recaen en los órganos jurisdiccionales nacionales como corolario del sistema de confianza mutua establecido en el Reglamento, uno de cuyos fines esenciales es garantizar una resolución rápida de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental por el órgano jurisdiccional mejor situado para adoptar una decisión en interés superior del menor –y en este caso, en el interés superior de unos mellizos de corta edad–.

185. Este objetivo no se ha alcanzado en el presente asunto.

Conclusión

186. A la luz de todas las consideraciones anteriores, opino que el Tribunal de Justicia debería responder a la cuestión planteada por el Bundesgerichtshof del siguiente modo:

«— Las medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base de las competencias que le otorgan las reglas relativas a la competencia sobre el fondo del Reglamento (CE) n° 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, deben reconocerse y ejecutarse en otros Estados miembros del mismo modo que cualquier otra resolución judicial adoptada sobre la misma base, en virtud de los artículos 21 y siguientes de dicho Reglamento.

— Las medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la base del Derecho nacional en las circunstancias recogidas en el artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003 no tienen que ser reconocidas o ejecutadas en otros Estados miembros con arreglo al artículo 21 y siguientes del Reglamento. No obstante, dicho Reglamento no impide que se reconozcan o ejecuten en virtud de procedimientos de Derecho interno, en particular los requeridos por los convenios multilaterales o bilaterales de los que son partes los Estados miembros afectados.

— Un órgano jurisdiccional que conoce de una solicitud de reconocimiento o no reconocimiento de una medida provisional, o de una declaración de ejecutoriedad, está autorizado a precisar la base de la competencia en la que se basa el órgano jurisdiccional de origen por los términos o el contenido de su resolución o, en caso necesario, comunicándose con este órgano jurisdiccional directamente o a través de las autoridades centrales apropiadas. Sólo si ninguno de estos métodos produce un resultado

claro y satisfactorio, debe presumirse que se asumió la competencia en las circunstancias recogidas en el artículo 20, apartado 1. En el supuesto de medidas provisionales sobre responsabilidad parental, pueden usarse los mismos medios de comunicación para comprobar si la resolución es (aún) ejecutable en el Estado miembro de origen, si se discute la certeza de un certificado expedido con arreglo al artículo 39 del Reglamento n° 2201/2003; si tal comunicación es insatisfactoria, se podrán emplear otros medios de prueba, siempre que se aduzcan en plazo.»