



Roj: **SAP MA 2457/2026 - ECLI:ES:APMA:2026:2457**

Id Cendoj: **29067370062026100544**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **09/06/2026**

Nº de Recurso: **1421/2025**

Nº de Resolución: **532/2026**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DE LA SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Marbella, núm. 3, 30-10-2024 (proc. 1207/2023),
SAP MA 2457/2026**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE MARBELLA

PROCEDIMIENTO DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES Nº 1207/23

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL Nº 1421/2025

SENTENCIA Nº 523/2026

Il'tmos. Sres.:

Presidente:

Doña Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio

Magistrados:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Don Enrique Sanjuán y Muñoz

En Málaga, a nueve de junio de 2026.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, procedimiento de menores del artículo 748. 4º de la LEC nº 1207/23, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella, seguidos a instancia de Dª Bibiana, representada en el recurso por el Procurador D. Alberto Sánchez Gil y defendida por la Letrada doña Paloma Patricia Maldonado Gambero, frente a D. Maximo, representado en el recurso por el Procurador don José Luque Brenes y defendido por el Letrado don Sergio García Serrato, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en el citado juicio, en el que ha intervenido el ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella dictó sentencia el 30 de octubre de 2024 en el procedimiento de menores del artículo 748. 4º de la LEC nº 1207/23 del que este Rollo dimana, cuyo Fallo es el siguiente: *Que **ESTIMANDO EN PARTE** la demanda interpuesta por Doña Bibiana contra D. Maximo, acuerdo la adopción de las **medidas definitivas** siguientes: (1) la atribución a la madre demandante Doña Bibiana de la **guarda y custodia** del único hijo común de la pareja, Justino, con **patria potestad** compartida por ambos progenitores, si bien se atribuye a la madre en exclusiva el ejercicio de las facultades de la patria potestad respecto de dicho menor relativas a la realización de gestiones y trámites administrativos en materia de salud o educación, así como para la obtención de documentación del menor ante la Policía Nacional u otras*

Administraciones; **(2)** la fijación de un régimen de **comunicaciones y visitas** a favor del padre D. Maximo respecto del hijo común de carácter progresivo a través del Punto de Encuentro Familiar de DIRECCION000 (PEF), de forma tutelada bajo la supervisión de los técnicos de dicho centro, en principio dos sábados alternos al mes durante dos horas, en el horario de mañana disponible, o bien, cuando la madre viaje con el menor a Tánger (Marruecos), durante dos horas dos veces al mes, bajo la tutela y supervisión de la madre, sin pernocta con el padre, pudiendo el padre comunicar por vía telefónica o telemática con su hijo 3 tardes cada semana, a una hora que no interfiera con las actividades del menor, por acuerdo entre las partes o, en defecto de acuerdo, los lunes, miércoles y viernes, entre las 19 y las 20 horas; con ampliación posterior en caso de tener un desarrollo y resultado positivos, previo informe del PEF; **(3)** la fijación como contribución a las cargas familiares, en concepto de **pensión de alimentos** a favor del único hijo de la pareja, y con cargo al padre, de la cantidad de **1.200 euros (mil doscientos euros) mensuales** que el padre demandado abonará, por meses anticipados, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que se designe por la madre, y que se actualizará el día 1 de enero de cada año natural conforme al I.P.C. (o índice que legalmente lo sustituya), correspondiente al año inmediatamente anterior, con devengo de la misma desde el mes de septiembre de 2.023; y, **(4)** debiendo ser satisfechos por ambos progenitores por mitad los **gastos extraordinarios** relativos al hijo común, necesarios (caso de los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Mutualidad u organismo similar al que esté afiliado alguno de los progenitores) o convenidos por los dos progenitores, y previa comunicación al otro progenitor, salvo supuesto de urgencia, y con posterior justificación documental. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de apelación el demandado, del que se dio traslado al ministerio Fiscal y a la otra parte litigante, que presentaron escritos de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde se admitió y se practicó prueba propuesta en el recurso, haciendo las partes alegaciones sobre la misma, y al no considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala en el día de la fecha, quedaron las actuaciones conclusas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il.tra. Sra. D^a Soledad Jurado Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión a resolver por esta Sala:

I. El 21 de septiembre de 2023 se inicia el procedimiento de menores del artículo 748. 4º LEC, del que trae causa el recurso que resolvemos, mediante demanda formulada ante el Juzgado de Primera Instancia de Marbella por DOÑA Bibiana, frente a DON Maximo, a fin de que se adopten las medidas respecto del hijo menor Justino, figurando en el poder que se acompaña con la demanda que la poderdante es de nacionalidad marroquí, soltera, abogada, con domicilio en DIRECCION001 de DIRECCION000, e interesándose en la demanda que el demandado sea emplazado a través de Procurador de Marbella.

En esta demanda se solicita que se atribuya a la madre la guarda y custodia del menor y en exclusiva las facultades para tramitar toda la documentación necesaria en la vida del menor, pensión alimenticia a cargo del padre de 5000 € mensuales, gastos extraordinarios que se deben asumir en la proporción 70% el padre y 30% la madre. y régimen de visitas del menor con el padre en el PEF de DIRECCION000.

Se alega en la demanda que desde el nacimiento de su hijo, la actora asume en solitario todos los gastos del mismo, paga el alquiler de la vivienda de 1.500 € mensuales, en la DIRECCION001 de DIRECCION000, el colegio privado de su hijo DIRECCION002 de DIRECCION000, en el que abona 3.063 € anuales, más 170 € mes de comedor y otros.

En la fundamentación de derecho de la demanda se afirma que, de conformidad con el art. 769.1 LEC es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar de domicilio del menor. Por otra parte el último domicilio común de las partes fue DIRECCION000, tal y como consta en el contrato de alquiler que se acompaña como documento nº 5.

II. En su contestación a la demanda el demandado plantea declinatoria denunciando la falta de competencia **internacional** del Juzgado de Marbella, la cual no se admitió a trámite por haber sido planteada fuera del plazo, con base a que ambos progenitores y el menor siempre han residido en Marruecos, concretamente en Tánger, teniendo alquilada vivienda en la localidad de DIRECCION000 únicamente para tener una segunda residencia tanto vacacional como para cuando tenían que desplazarse para negocios, siendo ambos litigantes de nacionalidad marroquí, habiendo el demandado iniciado ante los Tribunales marroquíes de familia de Tánger

una solicitud de medidas paternofiliales que actualmente se está tramitado en dicho país al considerarse competente.

A ello se opone la actora aduciendo que la madre y el menor tienen su residencia habitual en España, concretamente en DIRECCION000, donde el menor se encuentra escolarizado y la madre tiene su residencia fiscal, y donde el padre demandado ha residido entre 2.012 y 2.022 cuando fue extraditado a Marruecos, habiendo sido seguido en España el procedimiento de filiación extramatrimonial que determinó que el demandado es el padre del menor Justino, así como el procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido a fin de obtener la autorización a la madre para realizar todas las gestiones necesarias para ello, que el menor tiene la nacionalidad española y ha renunciado a la marroquí.

El Ministerio Fiscal se opone a la declinatoria planteada por el demandado considerando la jurisdicción de los Tribunales españoles por estar sita en DIRECCION000 la residencia habitual del menor, y al haber sido planteada la declinatoria fuera de plazo.

III. La sentencia dictada en la anterior instancia establece las medidas respecto del menor hijo de los litigantes nacido en DIRECCION000 el NUM000 de 2018 y, como primer pronunciamiento concluye, por aplicación a lo expuesto de los preceptos trascritos y de los art. 65 y 66 de la N.L.E.C., y de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe, que los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia **internacional** o jurisdicción para conocer del presente procedimiento contencioso sobre medidas relativas a hijos de uniones de hecho, con la consiguiente desestimación de la falta de competencia **internacional** planteada por el demandado fuera de plazo, cuestión examinada de oficio por el Tribunal de Instancia conforme a los artículo art. 22 y siguientes LOPJ y en la que se razona que, al margen y sin perjuicio de que la sentencia de filiación alude a que la residencia habitual de la madre se halla en Marruecos, tal consideración ha resultado contradicha por las pruebas practicadas en los presentes autos en los que considera acreditado:

(i) el menor, hijo común de los litigantes, Justino, de 6 años de edad, vive y reside en España de forma habitual, concretamente en DIRECCION000 (Málaga), desde su nacimiento, junto con su madre la demandante Sra. Bibiana, al margen de que acompañe a su madre en los habituales viajes que la misma realiza a Marruecos, en particular a Tánger, por motivos profesionales, encontrándose escolarizado en el centro del DIRECCION003 en DIRECCION000, aunque cuando acude a Tánger asiste al centro asociado de esta ciudad, debiendo estimarse que madre e hijo tienen su residencial actual real y efectiva en España;

(ii) es también en DIRECCION000 donde el padre demandado ha residido entre 2.012 y 2.022 cuando fue extraditado a Marruecos;

(iii) que se ha seguido en España (DIRECCION000) el procedimiento de filiación extramatrimonial que determinó que el demandado es el padre del menor Justino, así como el procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido a fin de obtener la autorización a la madre para realizar todas las gestiones necesarias para ello;

(iv) el menor tiene la nacionalidad española y ha renunciado a la marroquí;

(v) concurren otras pruebas e indicios de ello como el de que la Sra. Bibiana tiene contratada de forma indefinida a una empleada de hogar como niñera a la que abona un salario de algo más de 1.200 euros mensuales, y los consumos de suministro eléctrico de la vivienda de alquiler en la que reside junto con su hijo.

IV. Frente a la anterior sentencia interpone recurso de apelación el demandado reiterando la falta de competencia de los Tribunales españoles para establecer medidas paternofiliales respecto a un menor que reside en Tánger, Marruecos, desde 2021, puesto que al momento de interponerse la demanda, el menor no tenía residencia en España, lo que se encuentra debidamente acreditado mediante documentación que incluye certificados de escolaridad y facturas de un centro educativo en Tánger. Por ello, a pesar de haber afirmado la madre en el juicio que el menor también asistía a un colegio en DIRECCION000, no presentó pruebas que corroboraran su declaración, lo que contrasta con la abundante evidencia documental que respalda la escolarización del menor en Marruecos, de ahí que la sentencia de instancia incurra en error en la valoración de las pruebas aceptando las manifestaciones verbales de la madre sin respaldo probatorio, a pesar de las incongruencias en sus afirmaciones. Además, que la madre reside junto al menor en Tánger se evidencia a través de una averiguación del Punto Neutro que no encontró datos que la vincularan a España; el contrato de empleada del hogar se formalizó después de la demanda y no es relevante para el caso, en conclusión, tanto el menor como la madre tienen su residencia habitual en Tánger, donde el menor ha desarrollado su vida, costumbres y relaciones, por lo que se solicita declarar la incompetencia **internacional** de los Tribunales españoles para conocer del proceso.

V. El ministerio Fiscal y la parte apelada solicitan la confirmación de dicho pronunciamiento reiterando las alegaciones efectuadas en la anterior instancia.

SEGUNDO.- Constituyen los siguientes antecedentes fácticos de la cuestión litigiosa:

1. No son hechos controvertidos que el demandado D. Maximo , de nacionalidad marroquí, está casado con súbdita marroquí, que el matrimonio tiene dos hijos (nacidos el NUM001 de 2012 y el NUM002 de 2016), y que la residencia de ésta unidad familiar está en Tánger.

2. El 23 de abril de 2018, los ahora litigantes : Doña Bibiana con domicilio en DIRECCION004 de Tánger (Marruecos) , y D. Maximo , con domicilio en DIRECCION005 en DIRECCION000 , ambos de nacionalidad marroquí, alquilan la vivienda sita DIRECCION006 en DIRECCION000 , por un periodo de 11 meses fijándose la renta en 1350 € mensuales que abonan por anticipado los ahora litigantes (documento 5).

2. El hijo menor de Doña Bibiana nace en hospital de DIRECCION000 el NUM000 de 2018, y es inscrito como hijo de la anterior y de Isidro .

3. El 4 de septiembre de 2019, Doña Bibiana , ante los juzgados de Primera Instancia de Marbella, presentó demanda de juicio verbal especial en reclamación de paternidad por filiación no matrimonial e impugnación de la contradictoria frente a DON Maximo , en el que éste permaneció en rebeldía aun cuando compareció al acto del juicio reconociendo su paternidad .

Se dictó por el Juzgado Sentencia el 24 de febrero de 2020 en el que se declara que Braulio , hijo de doña Bibiana , es hijo no matrimonial de don Maximo , con todos los efectos legales inherentes, pasando a ostentar aquel los apellidos Bernardo , lo que fundamenta en el informe pericial obrante en autos, realizado por la entidad Centro de Fertilidad y Genética, y la admisión por las partes de la existencia entre ellos de relaciones sexuales, así como el reconocimiento de su paternidad respecto del menor que hizo el demandado en el Juicio.

En la sentencia de filiación se hace constar como alegación de doña Bibiana que para la demandante era sumamente importante que su hijo tuviera un padre, ya que ella reside y trabaja como empresaria en Marruecos, aunque pasa muchos momentos en España, y en Marruecos no está contemplada legalmente la figura de la madre soltera.

4. El 23 de octubre de 2020, ante los juzgados de Primera Instancia de Marbella, Doña Bibiana presentó escrito solicitando que se acuerde, al amparo del art. 156 del Código civil, la medida por la que se la autorice para realizar por sí sola los trámites precisos para la expedición del pasaporte de su hijo menor de edad Justino , al no haber prestado su colaboración para ello el padre del menor, a lo que se opuso D. Maximo , dictándose AUTO el 7 de noviembre de 2020 en el que se acuerda estimar la solicitud acordando autorizar a la misma para realizar por sí sola todos los trámites precisos para la obtención del pasaporte de su hijo.

En este auto se declara que , mediante los documentos por Doña Bibiana , la misma reside en Marruecos, aunque pasa temporadas en España, concretamente en DIRECCION000 , junto con su hijo menor de edad Justino , y que el padre del menor, D. Maximo , no presta su colaboración para realizar los trámites oportunos para la obtención o expedición del nuevo pasaporte del menor derivado de la nueva filiación paterna.

5. El 1 de mayo de 2022, Doña Bibiana alquila una vivienda amueblada en la DIRECCION001 de DIRECCION007 , DIRECCION000 por periodo de 1 año y una renta mensual de 1500 € (doc.6).

6. No es hecho controvertido que desde el 20 de julio de 2022 D. Maximo permanece en Marruecos y no puede salir del país al tener pendiente en el mismo procedimiento penal y haber sido extraditado desde España por esa causa, siendo dicha fecha la que consta en el certificado emitido por la policía de Tánger respecto a las entradas del anterior en Marruecos (doc.3 del demandado)

7. En el presente procedimiento se dicta inaudita parte Auto de medidas provisionales de 23 de enero de 2024, en el que se afirma que no ha podido aún ser citado el padre demandado, que parece que se halla en Marruecos, su país de origen, al parecer desde el mes de febrero de 2023.

8. La contestación a la demanda en este procedimiento se presenta por el demandado el 16 de mayo de 2024, y el 29 de mayo de 2024 el mismo presenta demanda frente a DOÑA Bibiana ante el Tribunal de Primera Instancia de Tánger solicitando que se fijen alimentos a su cargo y a favor del hijo, habiéndose dictado sentencia por el Tribunal marroquí el 20 de enero de 2025 en el que se desestima la demanda formulada por D. Maximo al considerar que la demanda carece de fundamento porque el objeto de la demanda es establecer los derechos del hijo Braulio , que es el mismo objeto de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Marbella el 30 de octubre de 2024 en los autos 1207/2023, recurrida en apelación.

TERCERO.- Los criterios de competencia judicial **internacional** fijan la aptitud de los órganos de un Estado para conocer de la controversia suscitada por la situación privada **internacional**. La competencia judicial **internacional** es un presupuesto del proceso y debe ser examinada de oficio (art. 38 LEC ; STS 624/2017, de 21 de noviembre).

La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determina por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios **internacionales** en los que España sea parte (art. 36 LEC).

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

En este caso, España (miembro de la Unión Europea) y Marruecos han ratificado el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la **sustracción internacional** de menores, y conforme a sus arts. 10 y 12, las autoridades competentes para pronunciarse sobre el retorno del menor son las del Estado en el que se encuentra de hecho el menor, no los del Estado en el que se encontrara el menor con anterioridad.

Ambos países también han ratificado el Convenio de La Haya de 9 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, cuyo artículo 5 dispone: "Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.", existiendo una abundante jurisprudencia del TJUE que fija una serie de criterios que deben tener en cuenta los tribunales nacionales en atención a las circunstancias del caso concreto.

Además de lo anterior, los Reinos de España y Marruecos firmaron convenios bilaterales de 30 de mayo de 1997 sobre cooperación judicial y administrativa, y sobre menores, ninguno de los cuales afecta a las normas establecidas en el artículo 22 y siguiente LOPJ, dentro de las cuales, el artículo 22 quáter d) dispone:

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

Se establece así como primer foro que determina la competencia de los tribunales españoles en estas materias la residencia habitual del hijo o menor en España al tiempo de interposición de la demanda, criterio que coincide con el establecido en el art. 8 del Reglamento 2201/2003 para el ámbito de la comunidad europea, respecto del que ha declarado la STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, que es irrelevante la nacionalidad que ostente el menor y el país de su nacimiento.

La STS 979/2024 de 30 de octubre afirma que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, el concepto de residencia habitual es un concepto autónomo y propio del Reglamento para garantizar su aplicación uniforme en cuya precisión debe atenderse tanto al contexto como a la finalidad de la norma, que es proteger el interés superior del menor. Se trata de un concepto fáctico, el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, no una presencia ocasional, siendo competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Cuando el menor no está en edad escolar, las circunstancias de la persona o las personas de referencia con las que convive, las cuales tienen su custodia efectiva y lo cuidan a diario -por norma general, sus padres-, presentan una importancia particular para determinar el lugar en que está situado su centro de vida, habiendo señalado el Tribunal de Justicia que el entorno de tal menor es en esencia un entorno familiar, determinado por esa persona o personas, y que el menor comparte necesariamente el entorno social y familiar de la o las personas de las que depende.

CUARTO.- De un nuevo examen por esta Sala de la pruebas practicadas, concluye en que los tribunales españoles carecen de jurisdicción **internacional** para conocer del procedimiento sobre medidas del menor hijo de los litigantes al no tener éste su residencia habitual en España sino en Marruecos, siendo decisivo en esta cuestión la escolarización del menor, habiéndose aportado por la parte demandada prueba documental acreditativa de que desde 2021 hasta 2024 se han venido abonando las facturas emitidas por el DIRECCION008 de Tánger por la escolarización del hijo menor de los litigantes, centro escolar perteneciente a AEFE (agencia para la enseñanza francesa en el **extranjero**), red pública dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia, creada para coordinar y gestionar los centros educativos franceses fuera de Francia.

Respecto del lugar de escolarización del menor, en la demanda se afirmó que el mismo asistía al centro escolar de DIRECCION000 " DIRECCION002 " aportándose (doc.9) información de Internet del 21 de septiembre de 2023 sobre dicho colegio y de otros colegios de la misma localidad.

No obstante, en el acto del juicio, tanto por la dirección Letrada de la demandante como por ésta en prueba de interrogatorio, se alega y se insiste en que el menor estaba matriculado y asistía al DIRECCION003 **internacional** de DIRECCION000 (centro también perteneciente a la AEFE), argumentándose que, como la madre viaja continuamente entre DIRECCION000 y Tánger, cuando está en la ciudad marroquí, el menor asiste en esos días al centro escolar de Tánger.

Esta tesis no solo no ha quedado acreditada sino que en esta segunda instancia el DIRECCION003 de DIRECCION000 ha informado que el hijo de los litigantes nunca ha estado matriculado ni ha asistido a dicho centro sito en DIRECCION000, por lo que la sentencia de instancia incurre en error al acoger la argumentación de la demandante y afirmar haber quedado acreditado que el menor se encuentra escolarizado en el centro del DIRECCION003 en DIRECCION000, aunque cuando acude a Tánger asiste al centro asociado de esta ciudad, pues realmente lo único acreditado es que desde 2021 el menor está escolarizado en Tánger, y teniendo en cuenta lo anómalo que sería que el menor asista en el mismo curso a dos centros escolares distintos - uno en Tánger y otro en DIRECCION000 -, aun cuando ambos pertenezcan a la misma red francesa, la parte actora tenía que acreditarlo y, sin embargo, lo acreditado es lo contrario, esto es, que el menor nunca ha asistido al centro escolar de DIRECCION000, tal como ha informado éste.

Por otra parte, por la parte demandada se ha aportado certificado emitido por la prefectura policial de Tánger sobre las entradas y salidas del menor de Marruecos, de las que resulta que en 2022 el menor estuvo en España los dos meses de verano (julio y agosto), y además un total de 38 días en el resto de los meses de esa anualidad; en 2023, además de los dos meses de verano en que el menor permaneció en España, en un total de cinco meses, estuvo en España 28 días.

Este documento acredita que el menor pasa la mayor parte del tiempo residiendo en Marruecos viniendo a España de vacaciones de verano y en otras fechas con cortas estancias, lo que determina que los tribunales de España carecen de jurisdicción para conocer el procedimiento sobre las medidas que hayan de adoptarse respecto de dicho menor al no concurrir el primer foro consistente en la residencia habitual del menor en España.

A lo anterior se une, como se afirma en el recurso, que no se ha aportado prueba alguna de la residencia habitual de la madre en España pues, en primer lugar, el contrato de arrendamiento firmado el 1 de mayo de 2022 por Doña Bibiana respecto de una vivienda amueblada en la DIRECCION001 de DIRECCION007, DIRECCION000 por periodo de un año y una renta mensual de 1500 € (doc.6), es compatible con la utilización de esa vivienda en periodos vacacionales o en estancias cortas durante el año por razones de trabajo; en segundo lugar, la demandante manifiesta tener una empresa cuyo objeto es asesorar inversiones inmobiliarias de españoles en Marruecos, no obstante, no se ha aportado prueba alguna de la actividad laboral y económica de la demandante en España, país en el que no le constan cuentas bancarias, abono de impuestos ni la propiedad de algún inmueble.

En relación al demandado, de nacionalidad marroquí, su residencia habitual está en Marruecos donde residen su esposa e hijos, alegándose en la demanda una serie de hechos a fin de ilustrar la conducta irresponsable que tiene el padre respecto a mantener régimen de visitas con el menor. Teniendo en cuenta que el padre no puede salir de Marruecos desde el 20 de julio de 2022, los hechos que se relatan en la demanda irremediamente tienen lugar en Marruecos, en concreto, según la propia demanda, se celebró el cumpleaños del menor con una gran fiesta (sic) el mes de junio de 2023, afirmándose que "la fiesta se celebró en junio para que asistiesen los amigos del colegio del menor, el padre hizo un mero acto de presencia, pero ni siquiera se acercó a soplar las velas con su hijo por miedo a que le fotografíen con el mismo. Estuvo en la fiesta pero evitó todo contacto con su hijo."

Del propio relato de hechos de la demanda, afirmándose la presencia del padre en el cumpleaños del hijo, claramente resulta que esa fiesta de cumpleaños no pudo celebrarse en España porque el padre no puede salir de Marruecos desde julio de 2022, y que los amigos del colegio del menor son los que asisten al colegio de Tánger.

A la vista de estas circunstancias acreditadas, es Marruecos el lugar en el que el menor tiene una integración en un entorno social y familiar, y su presencia en España es meramente ocasional, procediendo por ello la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, declarando la falta de competencia **internacional** de los Tribunales españoles para el conocimiento del procedimiento, deviniendo en consecuencia nulas las actuaciones de primera instancia.

Esta conclusión no puede verse desvirtuada por las razones que se hacen constar en la sentencia de instancia pues, habiéndose ya analizado la escolarización del menor, la afirmación de que el padre residió en España desde 2012 a 2022 carece de incidencia en esta litis, pero es que además ese hecho no está acreditado pues si bien es indiscutible la presencia del demandado en España hasta julio de 2022, no está acreditado que fuera su residencia habitual teniendo en cuenta que su esposa e hijos viven en Tánger, por lo que más bien resulta de los negocios y actividades económicas que el demandado, al igual que la demandante, explotan entre España y Marruecos .

El hecho de que el hijo naciera en España y haya adquirido la nacionalidad española tampoco incide en la cuestión que resolvemos y así, como hemos dicho, la STS 929/2024 recoge que la STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, resuelve que, en estas cuestiones transfronterizas, es irrelevante la nacionalidad que ostente el menor y el país de su nacimiento.

También la sentencia de instancia considera de incidencia en esta cuestión los procedimientos judiciales seguidos con anterioridad en España, criterio con el que esta Sala no puede estar de acuerdo pues efectivamente se tramitó procedimiento de filiación iniciado por demanda presentada por la misma demandante el 4 de septiembre de 2019 y procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado por la misma demandante el 23 de octubre de 2020, procedimientos que, al igual que el presente, se rigen por lo establecido en el referido artículo 22 quáter d) que fija como foro principal residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda, pero el hecho de que en los mismos no se planteara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles no constituye cosa juzgada ni vincula respecto de procedimientos posteriores en los que sí se ha planteado, siendo lo único decisivo que al tiempo de la demanda de este procedimiento (21 de septiembre de 2023) la residencia habitual del menor no está España, sino en Marruecos, y debiendo recordarse que en ambos procedimientos es la propia demandante la que manifiesta residir y trabajar en Marruecos, aunque pasa temporadas en España, concretamente en DIRECCION000 , junto con su hijo menor de edad Justino .

QUINTO.- En el trámite de alegaciones tras la prueba practicada en esta segunda instancia, dado el resultado de la prueba, la apelada opone como obstáculo a la posible declaración de falta de jurisdicción el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia de Tánger haya dictado sentencia el 20 de enero de 2025 (con posterioridad a la que es objeto de recurso) decretando el archivo del procedimiento de alimentos iniciado ante dicho tribunal por D. Maximo , y aún cuando por dicha parte no se cita precepto alguno en el que basar dicha argumentación, la cuestión planteada nos conduce de oficio a lo establecido en el artículo 22 octies 3 de la LOPJ, conforme al cual:

" Los Tribunales españoles se declararán incompetentes si su competencia no estuviera fundada en las disposiciones de las leyes españolas, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales.

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

Este precepto fue introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, respondiendo al principio de *forum necessitatis* (foro de necesidad), instrumento jurídico del derecho **internacional** privado que impide que los tribunales españoles se declaren incompetentes (se inhiban) , y cuyo objetivo es garantizar la tutela judicial efectiva y evitar la denegación de justicia **internacional** cuando no existe otro foro competente disponible, si se cumplen dos condiciones clave:

1. Vinculación con España: El asunto presenta una conexión real con el territorio español.
2. Declino de competencia **internacional**: Los tribunales de otros Estados vinculados con el caso se han declarado incompetentes, lo que dejaría al demandante sin acceso a la justicia.

La doctrina autorizada afirma que cuando el legislador establece la falta de competencia judicial **internacional** de los tribunales españoles es porque presume que las partes podrán litigar ante tribunales **extranjeros**. Sin embargo, a veces, la litigación no es posible o resulta gravosa para las partes. En tales supuestos, puede abrirse un foro de necesidad que permite a las partes litigar ante los tribunales españoles aunque éstos carezcan de un foro concreto de competencia judicial **internacional** en su favor, posibilidad recogida en el art. 22 octies LOPJ.

Por lo tanto, el foro de necesidad tiene una justificación constitucional: garantizar la tutela judicial efectiva y evitar la denegación de Justicia, pero no se basa en la "comodidad", sino en la necesidad absoluta de acceder a la justicia, y así, el AAP de Jaén de 1 de enero de 2023, al respecto afirma:

"(...) el sistema de competencia judicial **internacional** recogido en la LOPJ responde al principio constitucional de " *predeterminación legal de la competencia*" y al principio de " *seguridad jurídica*" (...) Pues bien, en tales

supuestos, puede abrirse un foro de necesidad que permite a las partes litigar ante los Tribunales españoles aunque éstos carezcan de un Foro concreto de competencia judicial **internacional** en su favor. El foro de necesidad constituye, por tanto, una "regla especial" que permite a los Tribunales "escapar", en casos excepcionales, a la regla general de la "predeterminación legal de la competencia".

El presente caso no constituye una excepción al régimen general porque no concurren ninguno de los requisitos para la posible aplicación del *fórum necessitatis*, y así, en primer lugar, como ya hemos analizado en los fundamentos de derecho anteriores, no cabe pretender construir la vinculación del menor con España porque en este país pase sus vacaciones de verano o venga a visitarlo por pocos días en otra época del año (tal como quedó acreditado por las entradas y salidas del menor que constan en su pasaporte); pero es que tampoco ha quedado acreditada la vinculación de la demandante con España más allá de visitar este país dado que el objeto de su empresa es fomentar las inversiones de españoles en Marruecos, sin que se haya presentado ni el más mínimo documento, como ya se ha dicho, que pudiera acreditar que la demandante tributa en España, que posea en este país algún tipo de bienes o explote en el mismo cualquier tipo de negocio.

Pero es que además tampoco concurre el segundo requisito por cuanto el Tribunal marroquí desestima la demanda porque el Tribunal español ha dictado sentencia sobre los mismos hechos (alimentos al hijo), esto es, sin esperar a que la Sentencia dictada por el juzgado de Marbella fuera firme, se limita a apreciar una suerte de litispendencia entre los tribunales de ambos países, pero en ningún momento ha declinado conocer de la demanda por considerar que carece de jurisdicción, como exige el precepto, y la litispendencia apreciada se extingue con el archivo del procedimiento por los Tribunales españoles al apreciar carecer de jurisdicción **internacional**, en consecuencia, no concurre la necesidad absoluta de acceder a la justicia ante los Tribunales españoles, que carecen de jurisdicción conforme a las normas aplicables, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva pues el foro competente de la residencia del menor está disponible, no pudiéndose aplicar el foro de necesidad en un supuesto basado simplemente en la comodidad o conveniencia de litigar en España y no ante los Tribunales marroquíes.

CUARTO.- En cuanto a las costas de primera instancia, de conformidad con el artículo 394.1 de la LEC, procede su imposición a la parte actora al haber sido rechazadas sus pretensiones, y de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la misma Ley, que se remite al anterior, no procede hacer expresa condena de las costas de esta alzada causadas por el recurso al haber sido estimado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

:Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. José Luque Brenes en nombre y representación de D. Maximo, con revocación de la sentencia dictada el 30 de octubre de 2024 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Marbella en el procedimiento de menores del artículo 748. 4º de la LEC nº 1207/23 seguido a instancia de Dª Bibiana, estimamos la falta de jurisdicción **internacional** de los Tribunales españoles para conocer del procedimiento origen del presente recurso, deviniendo nulas las actuaciones de la primera instancia, imponiendo las costas causadas en la primera instancia a la parte demandante, sin imposición de las costas causadas en la segunda instancia.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno, y las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a la reforma operada en la LEC por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dicho recurso adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017, con los requisitos de forma establecidos en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2023.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/