

PROCESOS TRANSFRONTERIZOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS, RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR Y COMPETENCIA INTERNA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES*

CROSS- BORDER MEASURES MODIFICATION PROCEDURES, MINOR'S HABITUAL RESIDENCE AND INTERNAL COMPETENCE OF SPANISH COURTS

PILAR PEITEADO MARISCAL
*Profesora Titular Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5675>

Resumen: Tomando como punto de partida una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, se analizan tres problemas muy comunes de los procesos transfronterizos de modificación de medidas de responsabilidad parental: la relación con el proceso en el que se acordaron las medidas originales, los problemas para la determinación de la residencia habitual del menor y el tribunal ante el que debe suscitarse el asunto cuando la competencia internacional está atribuida a los órganos jurisdiccionales españoles.

Palabras clave: responsabilidad parental, procesos de modificación de medidas, competencia internacional.

Abstract: Taking as starting point a legal ruling of the Barcelona's Provincial Court, three of the most common problems regarding cross-border measures modification procedures on parental responsibilities are analysed. The relation with the process in which the original measures were agreed, main problems deciding the minor's habitual residence, and the Court in which the matter must be aroused when the international competence has been ascribed to Spanish jurisdictional Courts.

Keywords: parental responsibility, measures modification procedures, international competence.

Sumario: I. Un punto de partida concreto. El Auto 480/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona.1. Los hechos del AAP Barcelona 480/2019.2. Los motivos del recurso.3. Las normas aplicables al asunto.II. Primera cuestión. Sentencia del tribunal belga, perpetuo iurisdictionis y relación entre ambos procesos.1. Introducción. La naturaleza autónoma de los procesos de modificación de medidas.2. El mantenimiento de la competencia durante el proceso y el cambio de competencia con el cambio de proceso.III. Segunda cuestión. Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 y foro de la residencia habitual del menor.1. El Considerando (12) y el superior interés del menor desde una perspectiva procesal.2. El Considerando (12), el criterio de proximidad y la jurisprudencia del TJUE. Jerarquización de parámetros.3. La solución del AAP Barcelona 480/2019.IV. La competen-

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por el Prof. Fernando Gascón Inchausti y por mí misma, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia de la pandemia asociada al Covid-19. También por esta razón, la bibliografía y los materiales utilizados han sido mucho más limitados de lo que me habría gustado. Es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

cia interna de los tribunales españoles para los procesos transfronterizos de modificación de medidas. 1. Normas supranacionales de doble prevalencia y normas supranacionales de una sola fase. 2. Los problemas y soluciones de la competencia interna para conocer de procesos transfronterizos de modificación de medidas

I. Un punto de partida concreto. El Auto 480/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona

1. El origen inmediato de este estudio está vinculado a la lectura del Auto 480/2019, de 9 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2019:11725A). Las cuestiones que se plantean en esta resolución son las propias de cualquier proceso de modificación de medidas con un elemento transfronterizo: por un lado, la conexión entre el proceso en el que se acordó la medida cuya modificación se pretende y el proceso que se incoa para obtener la modificación buscada; y, por otro, el foro de competencia aplicable y, en relación con él, la determinación de cuál es el lugar de residencia habitual del menor. Se trata, además, de asuntos que preocupan a la doctrina, y que han merecido ya estudios y comentarios por parte de quienes conocen y aplican el Reglamento 2201/2003¹. ¿Por qué, entonces, abordar una vez más estos problemas?

La razón es que, pese a la frecuencia con que estas situaciones se presentan y, aunque las similitudes entre ellas son evidentes, lo múltiple que es la realidad en este tipo de asuntos determina que siempre exista un elemento distinto, algo que impide que un caso sea idéntico a otro; y la dificultad objetiva que habitualmente tienen inclina siempre a preguntarse si la solución finalmente acordada fue la mejor, o si hay criterios, elementos, que permitan afinar más, ofrecer una respuesta más segura. Solo la observación repetida de esta realidad compleja desde distintas perspectivas, valorando todos los perfiles que puede presentar, va permitiendo que el estudioso, el juez, el abogado, el experto, adquiramos la soltura y el criterio necesarios para manejar unas normas que tienen una relevancia social extraordinaria, puesto que afectan a menores que se encuentran en una situación familiar de conflicto.

Solo en 2019, año de la resolución mencionada, la Audiencia Provincial de Barcelona, tribunal del que procede, dictó otras 107 resoluciones definitivas, autos y sentencias, mediante las que se aplicaba el Reglamento 2201/2003. De entre ellas, 42 recayeron en procesos incoados para obtener la modificación de medidas relativas a menores acordadas en procesos de separación o divorcio. En el conjunto de Audiencias Provinciales, las resoluciones que aplicaron esta norma en el año 2019 ascienden a 200.

2. Los hechos y las soluciones del AAP Barcelona 480/2019 (ECLI:ES:APB:2019:11725A) servirán para presentar sobre un banco de pruebas concreto problemas y posibilidades extrapolables a otros muchos hechos y a futuras decisiones de los tribunales que tengan relación con la vinculación entre los procesos de modificación de medidas y los procesos anteriores en que tales medidas se acordaron, y con la determinación del Estado en el que un menor tiene su residencia habitual, en orden a la cada vez más correcta y previsible aplicación del Reglamento 2201/2003. Tras el examen de estas cuestiones, se abordará otra que ya no proceden directamente de la resolución judicial, la determinación del tribunal con competencia para conocer de la pretensión en materia de responsabilidad parental cuando España es el Estado de residencia habitual del menor.

1. Los hechos del AAP Barcelona 480/2019

3. Mediante esta resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona decide un recurso de apelación contra otro auto, que estima la declinatoria formulada por el progenitor demandado en la instancia de un proceso de modificación de medidas respecto de un menor; la declinatoria arguye la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona ante el que la madre del menor

¹ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, designado habitualmente como RB II bis.

pretende la modificación de ciertas medidas adoptadas respecto de él; y las medidas proceden de la sentencia de un tribunal belga dictada estimando a su vez otro recurso de apelación, el interpuesto por el padre del menor contra la sentencia de primera instancia, también de un tribunal belga, que acordaba atribuir de manera compartida el ejercicio de la patria potestad sobre el menor a ambos progenitores y la guarda a la madre. Leyéndolo en sentido contrario, nuestro asunto va, pues, de si tiene o no competencia internacional el tribunal español al que la madre de un menor le pide que modifique la decisión de un tribunal belga que la despoja de la custodia de su hijo para atribuírsela al padre del menor.

4. Los hechos narrados en el párrafo anterior tienen naturaleza procesal; para valorarlos en toda su dimensión, es necesario completarlos con un relato cronológico, que en parte conocemos como ahora se dirá, y también con otro conjunto de hechos que fundan los puntos de conexión que permiten determinar la competencia, que no conocemos tanto, porque el auto de la Audiencia Provincial no es demasiado explícito. Los datos que interesan a efectos de este estudio son los siguientes:

- En junio de 2016, un tribunal belga de primera instancia determina que la patria potestad respecto de un menor será compartida por sus padres y atribuye la custodia a la madre. Esta decisión es apelada por el padre no custodio ante un órgano jurisdiccional belga de segunda instancia.
- Mientras se tramita el recurso de apelación, la madre y el menor se trasladan a vivir a España. Este hecho, que es absolutamente nuclear y que contiene en sí varios perfiles importantes, lo conocemos solo de manera fragmentaria, así que lo primero que llama la atención de la resolución tomada como ejemplo es que pueda resolverse este asunto sin hacer ninguna referencia a algunos de los factores que a continuación se mencionan, ni tomarlos en consideración.
 - La resolución no lo dice de manera explícita, pero implícitamente se deduce con claridad que el traslado se produce en cuanto se dicta la sentencia que otorga la custodia a la madre, probablemente en el mismo verano de 2016.
 - También implícitamente deducimos que el traslado se produce, bien con autorización del tribunal, bien con el consentimiento del padre, puesto que no hay ninguna actuación procesal encaminada a denunciar la ilícita sustracción del menor. Esta deducción se confirma porque otra resolución dictada en este mismo caso —tangencial en lo que ahora nos ocupa, de otra sección de la misma Audiencia Provincial y mejor y más completamente motivada, pese a su brevedad, que la que decide el asunto principal— menciona la autorización obtenida por la madre del tribunal de primera instancia para trasladarse con el menor a España.
 - Desconocemos completamente la edad del menor, y también el tiempo que vivió en Bélgica o en otro lugar antes de su traslado a España, porque el auto de la Audiencia Provincial que resuelve la declinatoria no se refiere a estos extremos. Sin embargo, la misma resolución tangencial ya mencionada refiere que el menor fue escuchado en un informe obrante en autos y que expresó su deseo de vivir con su padre, así que no se trata de un lactante ni de un niño de muy corta edad; podemos suponer que al menos ha comenzado la educación primaria.
 - Y desconocemos, por último, la nacionalidad de la madre y las circunstancias que la impulsaron a salir de Bélgica con su hijo y a establecerse en España.
- En junio de 2018, es decir, dos años después de los hechos relatados hasta ahora, el tribunal belga de apelación modifica la sentencia de primera instancia y ordena que el menor resida con su padre, señalando también que esta decisión debe hacerse efectiva días antes de que comience el curso escolar, en septiembre de ese mismo año.
- En julio de 2018, probablemente en cuanto le fue notificada esta decisión, la madre interpone demanda de modificación de medidas respecto de las establecidas en la sentencia de apelación del tribunal belga ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, su —suponemos, porque tampoco se afirma explícitamente en el auto— lugar de residencia.

- El padre demandado realiza dos actuaciones relacionadas con esta demanda de modificación de medidas:
 - Interpone declinatoria impugnando la competencia internacional del tribunal español.
 - Formula una solicitud de declaración de ejecutoriedad de la sentencia de apelación del tribunal belga con apoyo en los artículos 28 y siguientes del Reglamento 2201/2003. El auto de ejecutoriedad es dictado en septiembre de 2018. La madre del menor lo recurre en apelación y recibe una resolución desestimatoria, el AAP Barcelona 184/2019, de 15 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:3012A). A través de esta resolución, como se ha dicho antes, conocemos datos que la resolución principal del asunto solo permite suponer.
- En diciembre de 2018, el JPI de Barcelona estima la declinatoria formulada por el padre del menor, aprecia su falta de competencia internacional y dicta auto de archivo del proceso de modificación de medidas instado por la madre.
- Contra esta resolución interpone la madre del menor el recurso de apelación resuelto por el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que constituye nuestro objeto de atención inmediato. La Audiencia Provincial desestima el recurso, confirma la resolución de primera instancia y archiva definitivamente el proceso de modificación de medidas por falta de competencia internacional de los tribunales españoles conforme al Reglamento 2201/2003.

2. Los motivos del recurso

5. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona relata de manera muy deficiente los motivos del recurso de la madre custodia frente al auto que estima la declinatoria interpuesta por el padre no custodio. Sí explicita que la recurrente alega la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia recogidas en el artículo 218 LEC, y que achaca a la resolución recurrida falta de motivación y de acierto al aplicar las normas del Reglamento 2201/2003. La Audiencia Provincial despeja sin problema estas alegaciones, puesto que es constante y sin fisuras la jurisprudencia del TC —y en el mismo sentido del TS y de todos los tribunales, también del TSJ de Cataluña cuyas resoluciones cita el auto comentado— que declara que tanto el requisito de motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 218 LEC como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido por el artículo 24.1 CE se satisfacen si las partes pueden conocer los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión expresada en la resolución, a través de una motivación suficiente y racional; dicho de otro modo, tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como la corrección de las resoluciones judiciales son observados si la motivación de la resolución que reciben las partes expone las razones de hecho y de Derecho que la sustentan, aunque sea de manera lacónica, escueta y sin agotar todos los argumentos posibles, y si estos fundamentos pueden considerarse racionales, y no ilógicos, absurdos o arbitrarios, aunque puedan resultar no acertados para otros observadores o aplicadores del Derecho.

La resolución no explica por qué la recurrente consideraba desacertada y poco motivada la resolución de instancia. Pero sí contiene las razones por las que el tribunal de apelación confirma la decisión del JPI respecto de la falta de competencia internacional de los tribunales españoles, que se examinarán en los epígrafes segundo y tercero de este artículo.

3. Las normas aplicables al asunto

6. Puesto que el asunto que nos ocupa no se refiere a la disolución del vínculo conyugal sino a las decisiones relativas a la responsabilidad parental, conviene recordar desde el principio tres factores importantes. El primero, que el artículo 1.1 b) del Reglamento 2201/2003 extiende el ámbito de aplicación de esta norma «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental». El segundo, que el artículo 1.2 del mismo Reglamento enumera las cues-

tiones que integran la responsabilidad parental incluyendo en ellas los derechos de custodia y de visita; la tutela, curatela e instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Y, el tercero, que el TJUE interpreta la responsabilidad parental de la misma manera amplia que se desprende del Reglamento; pueden verse como muestra de ello la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), que confirmó la aplicabilidad del Reglamento a todas las cuestiones referidas en su artículo 1.2 incluso cuando las decisiones se adoptan sobre la base del Derecho Público de protección de menores, o las SSTJUE de 6 de octubre de 2015, *Marie Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653), y de 19 de abril de 2018, *Saponaro y Xilina* (ECLI:EU:C:2018:265), que estiman que las solicitudes de autorizaciones destinadas a repudiar o adquirir derechos sucesorios en nombre de menores no se enmarcan en el ámbito jurídico del derecho de sucesiones, sino en el propio de la responsabilidad parental².

7. Cuando los Estados miembros deban resolver sobre responsabilidad parental, no sobre la base del Reglamento 2201/2003, sino aplicando el Convenio de la Haya³, se encontrarán en situación similar, puesto que esta norma también contempla un concepto amplio de responsabilidad parental que incluye tanto las medidas habitualmente vinculadas a los titulares de la patria potestad como otras más propias del ámbito de protección de menores⁴. El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya es complicado, puesto que teóricamente rige respecto de decisiones de responsabilidad parental relativas a menores cuya residencia habitual no se encuentra en un Estado miembro; sin embargo, como es de sobra conocido y también irá apareciendo a lo largo de estas páginas, las decisiones relativas a la responsabilidad parental pueden adoptarse con base en el Reglamento 2201/2003 por tribunales que adquieren jurisdicción para ellas al presentarse unidas a la acción de disolución del vínculo matrimonial, y en estos casos la competencia del tribunal no está fundada en el lugar de residencia habitual del menor, aunque el tribunal se vaya a pronunciar sobre las medidas que le afectan. No es, pues, fácil, definir en abstracto la aplicabilidad de las normas con las que trabajamos, puesto que todos y cada uno de los hechos que configuran el caso concreto son relevantes, determinando que supuestos muy parecidos en los que cambian apenas algunos elementos tengan soluciones diferentes⁵.

8. El artículo 12.3 RB II bis establece todavía un foro más de competencia para decisiones de responsabilidad parental desvinculadas de las acciones matrimoniales de sus progenitores que tampoco conduce a la residencia habitual del menor. La STJUE de 12 de noviembre de 2014, *L. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2364), refleja y resuelve las particularidades de esta regla, que descansa, entre otros elementos, en el acuerdo de las partes; un supuesto resuelto con aplicación de estas normas por parte de nuestros tribunales puede verse en la SAP Barcelona 407/2019, de 4 de junio (ECLI:ES:APB:2019:6647).

² La SAP San Sebastián 94/2014, de 22 de mayo, incluye en el ámbito de aplicación del RB II bis, en cuanto afectan a la responsabilidad parental, las decisiones relativas a las relaciones entre los menores y sus abuelos.

³ Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁴ No obstante, M.J. URREA SALAZAR 2020, pág. 14 v.e., hace notar que sobre este punto que «A efectos del Convenio los conceptos de «responsabilidad parental» y de «medidas de protección de menores», aun compartiendo la finalidad protectora del niño, son nociones diferenciadas. La primera surge de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos, mientras que las medidas de protección surgen de decisiones dictadas por autoridades públicas de los Estados contratantes y que pueden implicar una modificación, extinción, alteración, privación o atribución de la responsabilidad parental nacida *ex lege*. Y esta última diferenciación resulta relevante de cara al tratamiento conflictual». El tratamiento de la competencia internacional a estos efectos, pues, forma parte tanto del ámbito de aplicación del reglamento como del propio del Convenio de La Haya, pero no se aborda de igual manera en ambos textos. Puesto que el Reglamento 2201/2003 la competencia internacional para la adopción de medidas de protección está sometida a los mismos foros que cualquier otra medida de responsabilidad parental, mientras que el Convenio de La Haya prevé foros de competencia diferenciados.

⁵ El APP San Sebastián 77/2019, de 14 de junio (ECLI:ES:APSS:2019:676A), deslinda los ámbitos de aplicación de ambas normas jurídicas, y contiene una breve explicación del sistema de aplicación del Convenio de La Haya.

9. Es, por último, igualmente útil tener presente algo puesto constantemente de manifiesto por la doctrina, y es que el alcance de la responsabilidad parental y de los distintos conceptos que la integran tiene contenidos y significados distintos en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos internos, no ya de los Estados miembros, sino de los diferentes países del mundo. Esta circunstancia determina que en ocasiones los padres adopten decisiones sobre sus hijos que, no solo entienden lícitas, sino que además efectivamente lo son, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que conocen o del que piensan que les resulta aplicable; y que son en cambio completamente inadecuadas o incluso ilícitas valoradas desde otro encuadre jurídico. Urge reconducir esta situación⁶.

10. El marco normativo general aplicado por los tribunales españoles tanto en la instancia como en la apelación para resolver el asunto que tomamos como ejemplo es el adecuado. Ante un proceso transfronterizo relativo a decisiones que forman parte del ámbito de la responsabilidad parental, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE tienen que controlar su competencia internacional conforme al Reglamento 2201/2003 sin atender a limitaciones de naturaleza subjetiva, de manera que se encontrarán ante alguna de estas tres situaciones. La primera es que alguno de los foros que en él se contienen les atribuya competencia para conocer del asunto; la segunda consiste en que los mencionados foros señalen a los tribunales de otro Estado miembro y deban, por tanto, abstenerse de conocer; o puede concurrir, por último, la excepcional circunstancia prevista en el artículo 14 del Reglamento, que permite que los tribunales de los Estados miembros apliquen su legislación interna para resolver sobre su competencia si conforme a los foros del Reglamento no la tienen, pero tampoco resulta atribuible a ningún otro Estado miembro.

Descartado en este caso el recurso al artículo 14 del Reglamento y con él a la legislación interna —ya que la única alternativa razonable a los tribunales españoles son los órganos jurisdiccionales belgas, es decir, los tribunales de un Estado miembro— los foros de competencia que interesan en este asunto están claros. Puesto que la decisión sobre responsabilidad parental que se pretende del tribunal no está unida a pronunciamientos sobre el vínculo matrimonial de los progenitores (artículo 12 del Reglamento), y teniendo en cuenta que no se ha suscitado en ningún momento cuestión sobre la ilicitud del traslado del menor a España (circunstancia que determinaría que el tribunal competente fuese fijado conforme al artículo 10 del Reglamento), las normas que el tribunal español ante el que se formula la demanda debe tener en cuenta para pronunciarse sobre su competencia internacional son los artículos 8 y 9 del Reglamento 2201/2003, ya que tampoco nos encontramos ante la imposibilidad de determinar el lugar de residencia habitual del menor que desencadenaría la aplicación del artículo 13.

Hay que observar, por último, que no concurre en este caso un factor que con frecuencia complica la determinación del tribunal competente, y es que entre las decisiones de naturaleza parental cuya adopción se insta a través de un proceso de modificación de medidas se encuentren las relativas a los alimentos debidos a los hijos menores. Como es sabido, las obligaciones de alimentos no forman parte del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, sino que constituyen materia propia del Reglamento 4/2009⁷, que establece sus propios foros de competencia, no siempre coincidentes con los fijados para las cuestiones de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Sin embargo, como pese a tratarse de asuntos distintos pueden encontrarse también estrechamente relacionados, existen entre ellos pasarelas de jurisdicción, con la misma finalidad con que el propio Reglamento 2201/2003 las establece entre las acciones de disolución del vínculo conyugal y las de responsabilidad parental. Los elementos imprescindibles para delimitar esta cuestión, en lo que aquí pudiera afectar, son los siguientes. El primero, que tales pasarelas de jurisdicción no son en absoluto obligatorias, de manera que los foros previstos en el artículo 3 del Reglamento 4/2009 le permiten al acreedor de alimentos dirigirse a un tribunal con competencia exclusivamente para esta obligación, y separarla de otras pretensiones relacionadas con ella que deban ejercitarse ante tribunales cuya competencia esté fundada en foros distintos; así se manifiesta la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *R.*

⁶ Pueden verse algunos ejemplos gráficos e interesantes con la comparación de unos cuantos ordenamientos en el estudio de L. LÓPEZ-MUELAS y P. ZABALGO «La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.», *Diario La Ley*, 25 de junio de 2019, págs. 1 a 11 v.e.

⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

y *P.* (ECLI:EU:C:2019:666) El segundo, que al regular los foros de competencia para las obligaciones de alimentos, el artículo 3 del Reglamento 4/2009 estima que estas obligaciones pueden ser accesorias tanto de una acción relativa al estado de las personas como de una acción relativa a la responsabilidad parental, de manera que podrían formularse junto con ellas y ser resueltas por el tribunal que fuera competente para conocer de estas acciones. Y, el tercero, que la STJUE de 16 de julio de 2015, *A. y B.* (ECLI:EU:C:2015:479), ha deslindado con claridad estos dos ámbitos —y, como consecuencia, la competencia internacional para ellos—, de manera que son accesorias a acciones relativas al estado de las personas las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges, mientras que son accesorias a acciones de responsabilidad parental las obligaciones de alimentos relativas a los hijos.

II. Primera cuestión. Sentencia del tribunal belga, *perpetuatio iurisdictionis* y relación entre ambos procesos

1. Introducción. La naturaleza autónoma de los procesos de modificación de medidas

11. La sentencia que adopta medidas dirigidas a regular la situación post-ruptura de una relación de pareja es una resolución peculiar, puesto que, al contrario que muchas otras, no se pronuncia sobre circunstancias que pertenecen al pasado, sino que se proyecta sobre situaciones destinadas a durar en el tiempo; las decisiones que incorpora se acuerdan considerando unas condiciones que sin duda evolucionarán y cambiarán, determinando con ello posiblemente la necesidad de modificar las medidas que se adoptaron sobre su base. La custodia de los hijos o la patria potestad; los gastos extraordinarios o el uso de determinados bienes; las visitas, la cuantía de los alimentos y tantas otras disposiciones responden a un estado de cosas concreto, que varía con el paso del tiempo, los cambios en el trabajo, la situación económica o el lugar de residencia; que está condicionado por la salud de las personas implicadas, los años que cumplen, o los vínculos que entablan con terceros.

Por esta razón, todos los ordenamientos jurídicos incorporan procesos dirigidos a modificar las medidas que en su caso se acordaron —en la sentencia que resuelve la situación conyugal o en otras posteriores— para regular la situación que sigue a la ruptura de una relación de pareja. Esto no significa que tales sentencias carezcan de eficacia de cosa juzgada y, por tanto, puedan ser alteradas sin más en un proceso posterior. Al contrario, los procesos de modificación de medidas revelan con claridad la diferencia entre lo juzgado, lo considerado, lo contemplado, y lo que no se pudo considerar, contemplar, juzgar, de manera que solo son procedentes cuando se ha producido un cambio suficiente en las circunstancias contempladas por la medida cuya modificación se pretende; un cambio tal que permita considerar que la pretensión que se formula es nueva, y no la misma que ya fue decidida en un proceso anterior.

Nuestros tribunales exigen que se trate de un cambio trascendente —aunque si las medidas afectan a menores, se prefiere centrar el foco en que el cambio haga surgir nuevas necesidades para los hijos más que en su relevancia objetiva—; que esté fundado en hechos posteriores a los existentes y previsibles en el momento de la medida original; que no pueda haber sido predeterminado fraudulentamente por la parte interesada en el cambio; y que determine una situación duradera, no meramente transitoria o coyuntural. Pueden verse en este sentido y entre otras muchas, las SSAP Madrid 1077/2018, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APM:2018:17999), y Barcelona 194/2019, de 21 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:2340). Y puede observarse cómo la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W., V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118), recoge entre sus antecedentes de hecho cómo los tribunales lituanos rechazan la interposición de un proceso de modificación de medidas que no acredita cambios en las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas concurrentes.

12. Desde una perspectiva procesal, por tanto, los procesos de modificación de medidas no tienen naturaleza incidental, sino principal; no son un apéndice de otro proceso sino que implican plenas posibilidades de alegación y de prueba, plenas facultades procesales tanto para las partes como para el tribunal. La novedad y autonomía del proceso de modificación de medidas es, además, particularmente relevante en los asuntos transfronterizos, puesto que la competencia de los tribunales de cualquier Esta-

do miembro para conocer de un proceso de modificación de medidas está completamente desvinculada tanto del origen —Estado miembro o no— como de la suerte que haya corrido —reconocimiento o no, exequátur o no— la primera resolución, la resolución que adoptó las medidas cuya modificación se pretende. Así lo declara la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W., V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118): «El hecho de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor no hayan reconocido, total o parcialmente, la resolución firme en la que se basa el progenitor de que se trata para presentar su demanda de modificación no impide, tanto si esa denegación de reconocimiento es fundada como si no lo es, que tales órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de dicha demanda, dado que esta última inicia un nuevo procedimiento». Sin embargo, esta autonomía procesal no esconde la vinculación material que existe entre ambos procesos, puesto que solo por comparación con las circunstancias del primero puede decidirse la procedencia del segundo⁸.

2. El mantenimiento de la competencia durante el proceso y el cambio de competencia con el cambio de proceso

13. El proceso de modificación de medidas que incoa la madre del menor ante los tribunales españoles en el asunto que tomamos como referencia es, por tanto, un proceso nuevo, autónomo, independiente del proceso en el que se dictó la medida; aunque, evidentemente, su objeto está vinculado con él, de modo que la parte que lo insta tendrá que acreditar una variación suficiente en las circunstancias como para que el asunto no pueda considerarse juzgado. ¿Hay alguna norma en el Reglamento 2201/2003 que determine algún tipo de conexión entre la competencia para conocer del proceso en el que se adoptó la medida y la competencia del tribunal ante el que se suscita su modificación? La respuesta general es negativa; es cierto que el artículo 9 representa una pequeña excepción a esa respuesta general, pero no es aplicable a este caso. El RB II bis no considera el elemento «proceso» como criterio para la determinación la competencia, sino que atiende a la naturaleza de las pretensiones. Las relativas a medidas relacionadas con la responsabilidad parental, independientemente de que sean las primeras que se suscitan o la modificación de otras anteriores, de que se presenten solas o junto con otras, y del cauce procesal que disponga cada Estado para ellas, son competencia de los tribunales del Estado de residencia habitual del menor conforme a la regla general señalada en el artículo 8, salvo que concurren en ellas algunas circunstancias excepcionales que no encontramos en este supuesto, como las que contemplan los artículos 9, 10 o 12 del Reglamento.

La Audiencia Provincial de Barcelona menciona el artículo 9 RB II bis en su resolución, parece que porque el recurso también lo hace, pero lo descarta con claridad. Esta norma conserva la competencia del Estado miembro en el que residió el menor y en el que se dictó una resolución relativa al derecho de visita para conocer de la pretensión de modificación de esa medida aunque la residencia habitual del menor se hubiera trasladado a otro Estado, pero solo durante los tres meses siguientes a la adopción de la nueva residencia y solo si el progenitor titular del derecho continuase residiendo en él. En el caso estudiado, ni el objeto del proceso es el derecho de visita, sino el de custodia, ni el rango temporal se encuentra dentro del establecido por el artículo 9 del Reglamento⁹.

14. Aunque no es el problema que está en cuestión, el AAP 480/2019 se refiere en dos ocasiones a la competencia del tribunal belga que dicta la sentencia de apelación acordando otorgar al padre la custodia del menor, medida cuya modificación pretende la madre en la demanda que formula ante los tribunales españoles. La Audiencia Provincial trata de responder a la pregunta de si ese tribunal tenía competencia para acordar esa medida, puesto que la residencia del niño se trasladó a España nada más

⁸ Sobre esta vinculación material, que el legislador español ha tenido especialmente en cuenta al establecer la competencia para conocer de un proceso de modificación de medidas, volveremos en el epígrafe 4.2 de este trabajo.

⁹ La SAP Segovia 402/2019, de 5 de diciembre (ECLI: ES:APSG:2019:723), analiza —y rechaza— correctamente la pretensión de una de las partes de fundar la competencia de los tribunales españoles en este punto, examinando los requisitos de la norma y la interpretación que el TJUE ha hecho de ellos.

dictarse la sentencia de primera instancia, de modo que el menor no residió en Bélgica durante la tramitación y posterior decisión del recurso de apelación.

15. Es indudable que tribunal belga de segunda instancia resolvió sobre la custodia en el ámbito de su competencia aunque el menor no residiera por entonces en Bélgica; sin embargo, este dato no aporta nada a la decisión que tiene que adoptar el tribunal español sobre su propia competencia, puesto que se trata de procesos diferentes y de reglas de atribución de la competencia diferentes. La sentencia dictada por el tribunal belga de segunda instancia es consecuencia de un recurso de apelación contra la primera sentencia de este largo supuesto de hecho, pronunciada también por un tribunal belga, que atribuyó a la madre la custodia del menor. En todos los ordenamientos jurídicos continentales es conocida la regla procesal elemental denominada *perpetuatio iurisdictionis* que determina que, una vez comenzado el proceso, la competencia del tribunal no varía aunque cambien los hechos sobre los que tal competencia se sustentaba; de otro modo, los tribunales podrían adquirir o perder competencia con las actuaciones procesales comenzadas si las partes decidieran cambiar de domicilio, o trasladar de lugar la cosa litigiosa, entre otros muchos ejemplos posibles¹⁰.

El artículo 411 LEC lo expresa en los siguientes términos: “Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”. El AAP Barcelona 480/2019 que tomamos como referencia considera que existe contradicción entre la institución de la *perpetuatio* y el concepto de residencia habitual fundado en el criterio de proximidad y de interés superior del menor que el legislador europeo quiere sostener. La realidad es que son criterios jurídicos distintos, que sirven a finalidades distintas, y que la *perpetuatio* es imprescindible para mantener el orden en un proceso; para hacerlo previsible de manera que las partes puedan ajustar sus actuaciones a las normas jurídicas que lo rigen; para evitar la manipulación interesada de la competencia de los tribunales; y, finalmente y con todo ello, para que sea posible otorgar una tutela razonable y eficaz a quien la pide y tiene derecho a obtenerla.

Un proceso no está configurado solo por la primera instancia, sino también por las sucesivas instancias y recursos extraordinarios que el ordenamiento jurídico prevea y permita; como consecuencia, recaída sentencia de primera instancia, la competencia para conocer de un recurso contra ella ya no se determina *ex novo*, sino en función del tribunal que conoció de la primera instancia, como si las circunstancias que determinaron la competencia de este primero no hubiesen variado y se siguiese una línea jerárquicamente ascendente a partir de él, determinada conforme al conjunto de reglas denominadas «competencia funcional». Por esta razón, el tribunal belga de segunda instancia que dicta la medida de custodia impugnada por la madre del menor ante los tribunales españoles lo hace en el ejercicio de su competencia, puesto que ésta, en virtud de las reglas de competencia funcional, solo atiende a cuál fue el tribunal que dictó la resolución que se recurre —en este caso belga, evidentemente— y no a la residencia del menor o a cualquier otro punto de conexión de carácter objetivo, que es, en cambio, el tipo de criterio que se sigue para determinar la competencia para conocer de la primera instancia de un asunto, y cuyas circunstancias fundantes se consideran concurrentes para todo el proceso en virtud de la *perpetuatio iurisdictionis*.

16. Es, pues errónea la idea que se encuentra en algunos autores consistente en que la *perpetuatio iurisdictionis* conserva la competencia de un tribunal que ha conocido de un proceso para otro proceso distinto, de manera que, cuando esto no sucede, se está rompiendo o excepcionando esta regla.

¹⁰ Un supuesto parecido está resuelto con acierto en la SAP Girona 323/2019, de 24 de julio (ECLI:ES:APGI:2019:1064). Pendiente el proceso de divorcio y de adopción de medidas de responsabilidad parental ante los tribunales españoles, la madre y los hijos, uno de ellos menor, se trasladan a vivir a Francia, de manera que en apelación el demandado suscita la cuestión relativa a la falta de competencia del tribunal que conoció en primera instancia, por no ser el de la residencia habitual. La Audiencia Provincial aplica correctamente las reglas de la *perpetuatio* y descarta que el cambio de residencia pendiente el proceso pueda tener trascendencia alguna sobre la competencia del tribunal.

La *perpetuatio* mantiene la competencia del tribunal durante todo el proceso, lo que incluye las sucesivas instancias y recursos extraordinarios, y también así la competencia de los tribunales que conocen de ellos, fundada siempre en la del que conoció en primer lugar, aunque las circunstancias contempladas en los foros de conexión hayan variado desde que el proceso comenzó. Pero, terminado el proceso mediante resolución firme, termina también la competencia del tribunal, y con ella, la aplicación de la regla de *perpetuatio*, puesto que no se trata de una directriz que vincule la competencia para conocer de procesos distintos.

17. ¿Por qué se origina esta confusión? Pues por la indebida conexión que en ocasiones se establece entre la institución de *perpetuatio iurisdictionis* —como se ha visto, regla que mantiene la competencia del tribunal que la tenía a su favor al comenzar el proceso durante toda su tramitación, aunque varíen posteriormente las circunstancias que la fundaban— y la técnica de *prorrogatio fori* o competencia prorrogada, es decir, la posibilidad, contemplada en la norma jurídica, de que, bajo ciertas circunstancias, un tribunal conozca legítimamente de un asunto para el que, con aplicación de las reglas generales, carece de competencia, porque esas mismas reglas generales se la atribuyen a un órgano jurisdiccional distinto. Veamos esta diferencia en el propio Reglamento 2201/2003.

18. El artículo 12.1 RB II bis establece una prórroga de la jurisdicción del tribunal que se pronuncia sobre la disolución del vínculo matrimonial para los asuntos de responsabilidad parental, asuntos que, como regla general, pertenecen al tribunal de la residencia habitual del menor, que no tiene por qué coincidir con el tribunal ante el que los cónyuges han instado la nulidad, separación o divorcio. El Reglamento facilita así el desenvolvimiento de una situación muy común, consistente en que los cónyuges que quieren poner fin a su matrimonio deseen establecer en el mismo proceso las medidas que van a regir la situación post-ruptura. Puesto que esto sería imposible si las normas de competencia para conocer de la disolución del vínculo y de las decisiones relativas a la responsabilidad parental, que son diferentes, no fuesen modificables para adaptarse a esta situación, el artículo 12 RB II bis permite, con la concurrencia de ciertas condiciones, la prórroga de la competencia para conocer de la disolución del vínculo a las decisiones en materia de responsabilidad parental asociadas a él. Pero no asociadas en abstracto o en general, sino asociadas en el mismo proceso, puesto que la finalidad de la prórroga no es *prima facie* que conozca de ellas el mismo tribunal, sino que se tramiten juntas. Consecuentemente, el mismo artículo 12 RB II bis declara, en su apartado segundo, que esta competencia prorrogada cesará en cuanto termine el proceso en el que se formulan unidas pretensiones de disolución del vínculo y de responsabilidad parental.

La prórroga de jurisdicción del artículo 12 RB II bis puede suponer que se adopten medidas respecto de menores que ni siquiera residen en Estados miembros, como sucede en el supuesto resuelto por la SAP León 308/2017, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APLE:2017:857), que determina la procedencia de que los tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio de los cónyuges, adopten las medidas instadas por los padres y titulares de la responsabilidad parental respecto de un menor que reside en Senegal con su abuela. CALVO y CARRASCOSA¹¹ llaman la atención sobre estas situaciones, no frecuentísimas pero tampoco extrañas, puesto que el artículo 12 RB II bis exige que al menos uno de los cónyuges «ejerza la responsabilidad parental sobre el menor», circunstancia que habría que acreditar para fundar la jurisdicción del tribunal competente para la acción matrimonial respecto de las medidas de responsabilidad parental y que no parece muy sencillo que concurra de manera efectiva cuando la distancia a todos los niveles entre los menores y los padres es tan enorme. Dicho de otro modo, la prórroga de jurisdicción del tribunal competente en materia matrimonial para la adopción de medidas de responsabilidad parental es posible, pero ni mucho menos obligada ni automática; tal automatismo ha sido además descartado de forma expresa por el ATJUE de 3 de octubre de 2019, *OF y PG* (ECLI:EU:C:2019:816). De manera que, además del ejercicio efectivo de la responsabilidad parental sobre el menor, la aplicación del artículo 12 RB II bis exige el acuerdo de los progenitores para reunir ante el mismo tribunal las acciones matrimonial

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.). *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, decimosexta edición. Comares, 2016, págs. 494 a 496.

y de responsabilidad parental —que no concurre siempre¹²—, y que la prórroga de la jurisdicción responda al interés superior del menor. ¿Y qué atiende más al superior interés del menor? ¿Que se decida sobre él con base en un ordenamiento jurídico «puerocéntrico»¹³, como los anteriormente mencionados autores califican al conjunto de normas supranacionales e internas a que deben atender nuestros tribunales en materia de protección de menores? ¿O que le sea aplicado el ordenamiento jurídico que le resulta próximo, aunque tenga un menor nivel de desarrollo en cuanto a la consideración de sus derechos procesales y sustantivos? Son preguntas que no tienen una respuesta sencilla y, probablemente, tampoco general¹⁴.

19. Lo anterior no significa, como se ha interpretado, que el artículo 12 RB II bis rompa la regla de la *perpetuatio*¹⁵, sino que la determinación de la competencia de un tribunal para conocer de un asunto, incluso en el muy excepcional caso de que se trate de una competencia prorrogada, se extiende a todo el proceso, incluidas las sucesivas instancias y los recursos extraordinarios, pero finaliza con él, sin que pueda alcanzar a procesos nuevos y distintos, incluso aunque guarden relación por las partes o el asunto. Imaginemos que el tribunal que conoce del divorcio de los cónyuges porque es, por ejemplo, el de la nacionalidad común de ambos (artículo 3.1 b) RB II bis), asume también la decisión sobre las medidas relativas a los hijos menores que insten los cónyuges ante él porque así se lo permite el artículo 12.1 RB II bis, pese a no ser el tribunal de la residencia habitual de los hijos, que tendría competencia para las cuestiones relativas a responsabilidad parental conforme al artículo 8. Supongamos que la sentencia que dicta este tribunal es recurrida por una de las partes en cuanto a las medidas adoptadas sobre los hijos. De este recurso va a conocer el tribunal que tenga competencia funcional en el Estado de que se trate para resolver los recursos contra las sentencias del primero, en virtud de las reglas de *perpetuatio iurisdictionis*, que mantienen la validez de las circunstancias que asentaron la competencia en el momento en que se formuló la demanda y para todo el proceso hasta que sea cerrado mediante una resolución firme. Si, posteriormente y con base en un cambio significativo de las circunstancias, cualquiera de los cónyuges pide la modificación de las medidas relativas a los hijos acordadas en el proceso que se inició ante el tribunal que disolvió el matrimonio, inicia un proceso nuevo y distinto, que en ninguna circunstancia se vería condicionado en cuanto a su competencia por una regla de *perpetuatio*, puesto que esta solo juega en el interior de un proceso y no en la conexión con procesos distintos, y que tampoco está ya determinado por la prórroga de la competencia que concurría en el primer proceso y que finaliza con él.

Así lo ha entendido con claridad el TJUE respecto de otra regla de prórroga de la competencia, esta vez por voluntad de las partes, que regula el artículo 12 RB II bis en su apartado tercero, y respecto de la que no se dice expresamente, como sí sucede en cuanto a la competencia prorrogada a que se refiere el artículo 12.1 RB II bis, que finalice con el proceso para el que la competencia se estableció. Pese a ello, la STJUE de 1 de octubre de 2014, *E. y B.* (ECLI:EU:C:2014:2246), afirma con base en distintas normas del Reglamento que «la competencia de un órgano jurisdiccional debe determinarse (...) en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional»; recuerda que el artículo 16 del Reglamento considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional «desde el momento en que se le presente el escrito de demanda»; y afirma que «la competencia en materia de responsabilidad

¹² *Vid.* como ejemplo contrario a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de León el AAP Girona 57/2019, de 28 de marzo (ECLI:ES:APGI:2019:183A), en el que por no existir acuerdo entre los progenitores y no ser el tribunal de la residencia habitual del menor, el tribunal español se estima competente para la acción de divorcio pero no para la adopción de medidas de responsabilidad parental.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. 2016, págs. 482 a 484.

¹⁴ A.L. CAMPO IZQUIERDO «La determinación de la competencia en los procesos de familia con componente extranjero. A raíz de la STJUE, de 5 de septiembre de 2019, asunto C-468/18, en relación con STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14», *Actualidad Civil*, n.º 10, octubre 2019, pág. 12 v.e. afirma, refiriéndose a las acciones de disolución del vínculo conyugal, responsabilidad parental y alimentos que «No siempre los estados miembros de la UE somos competentes para conocer de estas tres pretensiones, se ejerciten conjuntamente o por separado. Por ejemplo, en los supuestos habituales, de menores residentes en países sudamericanos, en compañía de familia extensa, residiendo sus progenitores por razones laborales en un Estado miembro». Esta aseveración es, tal vez demasiado rotunda y puede resultar cierta o no en función de cuáles de estas acciones se ejerciten conjuntamente y ante qué tribunal se formulen.

¹⁵ Así lo considera P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS «Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)», *La Ley Unión Europea*, n.º 21, diciembre 2014, pág. 17 v.e.

parental, prorrogada, en virtud del artículo 12, apartado 3, del Reglamento nº 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento». Que la competencia no persiste una vez finaliza el proceso, como criterio general y sin sujeción a ninguna norma concreta del Reglamento, se encuentra de nuevo confirmado en la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W, V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118), con referencia expresa a los procesos de modificación de medidas.

20. Recapitulando. El tribunal belga que dicta la sentencia de segunda instancia modificando la custodia a favor de la madre que decidió la sentencia de primera instancia, lo hace en el ámbito de su competencia aunque el menor ya no residía en Bélgica, como resultado de aplicar las reglas de *perpetuatio iurisdictionis* propias de los sistemas procesales continentales. Sin embargo, esta circunstancia no dice nada respecto del proceso de modificación de medidas que se suscita en España, que es un proceso nuevo y autónomo y cuyo tribunal competente debe determinarse, como se desprende de la combinación de los artículos 8 y 16 del Reglamento, con base en las circunstancias concurrentes en el momento en que se formula la demanda. Que el proceso en el que se acuerdan las medidas y el dirigido a modificarlas son diferentes e independientes y que para la completa tramitación del primero de ellos la competencia correspondía a los tribunales belgas lo ve con claridad el AAP 184/2019, de 15 de mayo, ya mencionado, conforme al que la Audiencia Provincial confirma el auto de ejecutoriedad de la sentencia belga de apelación instando y obtenido por el padre del menor ante los Juzgados de Barcelona conforme al artículo 23 del Reglamento: «Lo que no es posible y parece ser el núcleo del alegato de la recurrente es que en esta sede de apelación de una decisión de exequatur se prevea qué posible resolución se dictará en el futuro, en el procedimiento que la madre ha interpuesto en Barcelona, para dejar sin efecto, antes de que exista, lo acordado en firme por otro Tribunal que, en su momento, tenía la jurisdicción y competencia necesaria para decidir».

III. Segunda cuestión. Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 y foro de la residencia habitual del menor

21. El artículo 8 del Reglamento 2201/2003 enuncia la regla general de competencia en materia de responsabilidad parental, atribuyéndosela al Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se formula la demanda. Como es sobradamente conocido, tanto el Reglamento como las decisiones del TJUE que se han referido a este foro de competencia configuran la residencia habitual a través de dos notas. La primera de ellas, su consideración como concepto autónomo, específico del Derecho europeo e independiente de lo que en cada Estado miembro se entienda por residencia habitual. La segunda, su naturaleza fáctica; a efectos del Reglamento 2201/2003, la residencia habitual no es un concepto jurídico enunciado en una norma o construido por la jurisprudencia haciendo acopio de diferentes elementos, sino que son los hechos que rodean a cada caso concreto los que, contemplados y valorados en su conjunto, permiten señalar cuál es la residencia habitual del menor afectado por la cuestión de responsabilidad parental.

En este sentido es interesante la extensa y compleja STS 624/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4113), que realiza la operación de deslindar el concepto autónomo de residencia habitual concebido por el Reglamento del que podría desprenderse de las normas del CC a efectos de nuestro ordenamiento jurídico interno. El objeto del proceso en el que recae esta resolución no está constituido por la adopción de medidas de responsabilidad parental, sino por la disolución del matrimonio de los cónyuges, pero el foro en discusión para ello es la residencia habitual, también previsto por el Reglamento 2201/2003 para las acciones relativas al vínculo conyugal.

Como es evidente, este modo de contemplar la residencia habitual como concepto jurídico y, a través de él, de fijar y determinar la competencia internacional para conocer de las decisiones relativas

a la responsabilidad parental, tiene la desventaja de la inseguridad y la gran ventaja de la flexibilidad y de la adaptación a la realidad¹⁶. Es cierto que del trasfondo de las normas europeas sobre competencia internacional suele emerger la previsibilidad como un valor a salvaguardar, y claramente no es esto lo que sucede con el artículo 8 del Reglamento 2201/2003. Sin embargo, también es cierto que la previsibilidad no es un elemento que acompañe siempre la vida de un menor cuyos progenitores mantienen un conflicto, y que el esfuerzo normativo por definir a través de la acumulación de datos cuál será el lugar desde el que un menor y sus circunstancias van a resultar más accesibles para un tribunal en el momento en que se formule una demanda sobre él puede provocar dos problemas. Uno, que parte de los elementos de la definición señalen un lugar y otro conjunto de ellos se refieran a un lugar distinto, de manera que el esfuerzo normativo no habrá evitado el conflicto, pudiendo, incluso, llegar a provocarlo. Y, otro, que existan diferencias entre la apariencia normativa y la realidad cualitativa; dicho de otro modo, aun apuntando la mayoría de los elementos normativos a un lugar, puede existir en el caso concreto un factor que señale a otro más coherente con la realidad. Por estas razones, considero adecuado el modo en que el Reglamento 2201/2003 configura el foro relativo a la residencia habitual, y estimo un acierto que el artículo 7 del Reglamento 2019/1111 mantenga el mismo criterio¹⁷.

22. La naturaleza predominantemente fáctica de la residencia habitual no impide que existan criterios para interpretar adecuadamente la voluntad del legislador del Reglamento al establecer la residencia habitual del menor como principal punto de conexión para determinar la competencia. Los dos primeros de estos criterios los proporciona el Reglamento en la primera frase de su Considerando (12), y la jurisprudencia del TJUE ha añadido algunos más.

1. El Considerando (12) y el superior interés del menor desde una perspectiva procesal

23. El Considerando (12) del Reglamento 2201/2003 comienza señalando que «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». Parece que la consecuencia lógica que debe deducirse entonces es que una determinación del lugar de residencia habitual del menor que perjudique su interés o que lo distancie del órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre su situación será, posiblemente, una decisión errónea, una selección incorrecta de los hechos que permiten deducir la residencia habitual o una deficiente inferencia a partir de ellos.

24. Ahora bien, ¿cuál es el superior interés del menor respecto de un proceso? El Considerando (12) no está contemplando la decisión final del proceso, no está vinculando —en este momento— el superior interés del menor al contenido de la sentencia, porque cualquier tribunal que fuera competente, e independientemente de los criterios con los que se le hubiera otorgado competencia, tendría que tomar en consideración el interés del menor para resolver el asunto que se le somete. El Considerando (12) atiende al superior interés del menor como criterio para seleccionar el tribunal que va a adoptar la decisión, no como criterio que el tribunal debe tener en cuenta respecto de la decisión que adopte. Evidentemente, también la decisión del tribunal tendrá que tomar como base el superior interés del menor, pero se trata de otro momento procesal distinto y posterior, que se proyecta sobre las cuestiones sustantivas, y no sobre las procesales. Dicho de otro modo, el superior interés del menor se toma como parámetro para dos asuntos distintos, que tienen naturaleza distinta: uno es procesal, y se refiere a la selección del tribunal más adecuado para ocuparse del proceso y dictar una sentencia; el otro es sustantivo, y se refiere al contenido

¹⁶ L.A. PÉREZ MARTÍN «Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T XVIII, 2018, págs. 472 y 473 desarrolla las ventajas y desventajas de la residencia habitual como foro nuclear de competencia.

¹⁷ No es un parecer unánime en la doctrina. Pueden verse en contra L.A. PÉREZ MARTÍN «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales», *La Ley Unión Europea* n° 66, enero 2019, pág. 7 v.e., y los autores que cita en apoyo de su postura en la nota 33. Este mismo autor propone un concepto de residencia habitual que entiende que deberían adoptar las normas europeas en materia de familia. *Vid.* L.A. PÉREZ MARTÍN 2018, pág. 490.

propio de la sentencia, a las medidas que se acuerdan o que se rechazan. Y, aunque es obvio que se trata de planos muy estrechamente conectados, tienen sus diferencias, y conviene no superponerlos.

25. Entiendo que el interés del menor desde una perspectiva meramente procesal radica en tres elementos, relacionados entre sí: la competencia debe recaer en un tribunal que pueda observar los derechos procesales del menor; la competencia debe recaer en un tribunal que minimice la turbación que el proceso supone en la vida del menor; y la competencia debe recaer en un tribunal que pueda escuchar al menor. Un pequeño comentario sobre cada uno de ellos.

El primero no deja de existir por el hecho de ser obvio y, afortunadamente, supuesto entre los Estados miembros de la Unión. El superior interés del menor conduce el proceso que le afecta a los tribunales que vayan a respetar correctamente sus derechos y garantías procesales conforme al estándar europeo que supone la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y en un hipotético escenario de desigualdad entre los Estados miembros en este punto, sería un factor que habría que tener en cuenta. En segundo lugar, el superior interés del menor leído en términos procesales exige que un conflicto que le afecta sea resuelto del modo menos agresivo posible para su vida ordinaria: pide un proceso lo más breve posible; con los menores traslados de personas y documentos posibles; con una lengua y unos espacios y maneras de conducirse lo más familiares y comprensibles para el menor que sean posibles por si tiene que intervenir en él; en manos del tribunal que más pueda acercarse al conocimiento y valoración adecuados de las circunstancias que conducen a la adoptar —después— la mejor decisión posible. Por último, el superior interés del menor, desde una perspectiva procesal, está vinculado a la posibilidad de ser oído respecto de la decisión que le afecta. El Reglamento 2201/2003 no es una norma de homogeneización procesal, de manera que no impone ni regula esta posibilidad de audiencia; pero señala en su Considerando (19) que «La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento», indicando rápidamente a continuación que no forma parte de su objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables y señalando en el Considerando (20) que la audiencia puede celebrarse mediante los instrumentos previstos en el Reglamento 1206/2001¹⁸. El superior interés del menor no exige la celebración de audiencia, por tanto, pero computa como dato a favor la posibilidad de que se celebre.

2. El Considerando (12), el criterio de proximidad y la jurisprudencia del TJUE. Jerarquización de parámetros

26. El conjunto de lo que podría considerarse interés superior del menor desde una perspectiva procesal, para integrar el Considerando (12), es, pues, trasladable al segundo criterio que el mismo Considerando enuncia, el criterio de proximidad. Un tribunal que pueda oír al menor, que pueda resolver con agilidad sin dejar de acceder con profundidad a los datos y circunstancias necesarios; un tribunal que por la lengua que utilice, el entorno exterior y la apariencia interior provoque en el menor más confianza que temor —dentro de las siempre limitadas posibilidades de que esto suceda—, es un tribunal “próximo” al menor. Ocurre, sin embargo, que la proximidad puede ser física, geográfica; y puede ser espiritual, cultural, vital. Y los problemas de competencia están normalmente originados por la necesidad de elegir entre estas dos proximidades, o entre proximidades de la misma naturaleza que acercan al menor a Estados distintos.

27. Son pues, bienvenidos, los criterios que aporta la jurisprudencia. Las resoluciones mediante las que se ha pronunciado el TJUE sobre la correcta interpretación del artículo 8 del Reglamento se

¹⁸ Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Esta norma prevé la posibilidad de que el tribunal de un Estado miembro solicite de otro que tome declaración a una persona que se encuentra en su territorio, y permite también la obtención directa de pruebas por parte del tribunal de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. En ambos casos, el Reglamento toma en consideración la utilización de medios tecnológicos de comunicación como videoconferencias y teleconferencias.

asientan en la vinculación entre residencia habitual y centro principal de intereses ya establecida desde antiguo para asuntos de naturaleza diversa. Y, puesto que la residencia habitual se averigua a partir de un conjunto de elementos que construyen la vida ordinaria de cada individuo, no es un mal camino para llamarlo verificar el lugar en el que se materializan o en torno al que giran los intereses principales del sujeto afectado. ¿Cuáles son los intereses principales de un menor? O, en palabras muy gráficas de la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513), ¿dónde se encuentra el «centro de vida» de un menor?

Como ya puso de manifiesto la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi y Chaffe* (ECLI:EU:C:2010:829), la respuesta a esta cuestión depende enormemente de la edad que el menor tenga, de la etapa de desarrollo en la que se encuentre. Pero creo que pueden señalarse tres grupos de factores que son acumulativos. El primero en el tiempo es la familia y, en concreto, el progenitor que tiene su custodia y con el que convive. Tan determinante resulta este aspecto, que el TJUE ha tenido ya varias ocasiones de analizar si, cuando el menor se encuentra en la primera etapa de su desarrollo, su residencia habitual puede ser definida por asociación con la residencia habitual del progenitor con el que convive, incluso aunque esta circunstancia determinase calificar como residencia habitual del menor un Estado en el que el menor no ha llegado a encontrarse físicamente. La STJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, considera que la fijación de este criterio, «estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución». Se trata de unos términos ciertamente tajantes. De manera que, por el momento, el TJUE se ha inclinado por vincular residencia habitual a presencia física, si no actual, sí desde luego al menos pasada.

En cambio, lo cierto es que una vez existe presencia física del menor en un Estado, los elementos que determinarían la residencia habitual del menor en esta etapa inicial de lactancia se predicán del progenitor que tiene su custodia.

Así, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi y Chaffe* (ECLI:EU:C:2017:436) estima que, puesto que el lactante está bajo la custodia de su madre, «debe evaluarse la integración de esta en su entorno social y familiar. En ese aspecto pueden tenerse en cuenta los criterios enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como las razones del traslado de la madre del menor a otro Estado miembro, los conocimientos lingüísticos de ésta o también sus orígenes geográficos y familiares». Más adelante insiste en que «deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro».

El menor de la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W, V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118), no estuvo nunca en Lituania, aunque tenía nacionalidad lituana y fue un tribunal lituano el que dictó, sobre la base de una prórroga de jurisdicción del artículo 12.1 del Reglamento, las medidas de responsabilidad parental cuya modificación se pretendió posteriormente dando lugar a la cuestión prejudicial. Tampoco las SSTJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), y de 17 de octubre de 2018, *UD y XB* (ECLI:EU:C:2018:835), estiman que la residencia habitual de los menores a que estas resoluciones se refieren se hallen en Estados en los que nunca se han encontrado, pese a que tales Estados sí puedan ser considerados como residencia habitual de sus progenitores, o aunque los progenitores tuvieran la intención de establecer su residencia habitual en ellos.

Cuando el menor avanza en su desarrollo vital, suceden dos cosas; una, que el factor familia persiste y a la vez cambia, puesto que el centro de interés ya no acoge solo al progenitor con el que convive y del que depende absolutamente como le sucede a un lactante o a un niño de muy corta edad, sino que se amplía a la familia extensa, hermanos, primos, abuelos; y, la otra, que ingresa en el mundo escolar, circunstancia que no implica solo un colegio concreto y un grupo de compañeros, con lo que esto ya supone, sino también una lengua y un determinado sistema educativo: en cierto modo, un entorno nacional. La tercera etapa del desarrollo evolutivo trae consigo el tercer conjunto de factores, sin que los otros dos pierdan importancia: se añaden, pues, los amigos, grupos de integración, aficiones concretas y ámbitos en los que éstas se desarrollan.

Desde luego, en las etapas segunda y tercera la naturaleza de los hechos que determinan el centro principal de intereses del menor, su residencia habitual, lleva inherente la presencia física del menor en el lugar de escolarización, en el que se comparte la vida con la familia extensa o en que se convive con amigos y se desarrollan facetas distintas de la académica. Sin embargo, hay que tener en cuenta que desde la perspectiva del TJUE —y como parece lógico—, no cualquier presencia física se compadece adecuadamente con una residencia habitual; no lo haría, desde luego, la que estuviese caracterizada por la temporalidad y la transitoriedad, aunque, como se verá más adelante, lo temporal y transitorio no tienen tampoco una única lectura, puesto que puede suceder que lo que intencionalmente era definitivo o transitorio termine convertido en lo contrario por múltiples causas, y entonces habrá que atender a la mayor trascendencia de la intención o de la realidad. De donde se desprende de nuevo que es acertado no definir el concepto de residencia habitual a través de una acumulación de datos y permitir que los tribunales lo deduzcan de cada caso concreto.

28. Los factores sobre los que el TJUE considera que los tribunales nacionales deben apreciar cuál es la residencia habitual del menor son sobradamente conocidos, sostenidos en el tiempo y se desprenden fundamentalmente de sus resoluciones más tempranas, habiendo sido reiterados por las siguientes. Y, aunque a continuación los repasemos brevemente, pienso que la clave de la determinación de la residencia habitual del menor no está en ninguno de ellos, sino en dos afirmaciones que tomo de la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). No es que se formulen en esta sentencia por primera vez, pero sí aparecen de manera especialmente clara en un momento en el que el TJUE lleva más de diez años interpretando el reglamento 2201/2003. La primera de estas afirmaciones es que «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso». La segunda observación toma la anterior como punto de partida, y avanza sobre ella un paso que constituye un criterio interpretativo fundamental: «Como se ha recordado en el apartado 41 de la presente sentencia, la determinación de la residencia habitual del menor, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, implica un análisis global de las circunstancias particulares de cada caso. Las indicaciones dadas en el marco de un asunto, por tanto, solo pueden hacerse extensivas a otro con cautela».

29. Teniendo en cuenta, pues, que los criterios más importantes de entre los señalados por el TJUE se refieren a la contemplación conjunta de las circunstancias de cada caso y a la cautela necesaria para extrapolar a un asunto los resultados de otro, vamos a examinar brevemente los factores objetivos y subjetivos que el TJUE valora para la determinación de la residencia habitual del menor. No comparto la impresión, sostenida por parte de la doctrina, de que el TJUE mantiene un enfoque híbrido, que presta atención a distintos elementos¹⁹. Por supuesto que el Tribunal considera que hay distintos factores en juego, como además es evidente con toda la fuerza que se pone en la importancia de los datos de hecho. Sin embargo, esos elementos no son equivalentes ni se combinan de una forma homogénea sino que, a mi juicio, están jerarquizados, de manera que algunos de ellos son considerados secundarios, y solo adquieren importancia cuando simultáneamente decrece, como consecuencia de los caracteres específicos del supuesto concreto —que, como se ha dicho, es el criterio hermenéutico fundamental—, el valor de los que el TJUE considera principales. El TJUE es en este punto bastante fiel a sí mismo: hay factores que considera, en abstracto, mucho más determinantes que otros para señalar la residencia habitual; sin embargo, entiende también que el conjunto de las circunstancias del caso concreto puede determinar que esos factores no resulten relevantes y se alcen otros que habitualmente no tienen un papel principal.

30. El elemento nuclear que define la residencia habitual para el tribunal es la presencia física estable del menor en un Estado, muy por encima de la proximidad de carácter espiritual que pueda existir entre el menor y otro Estado en el que su presencia física sea un elemento menos potente. Una buena expresión

¹⁹ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ. «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD Y XB, As. 393/18 PPU», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 468.

de esta idea se encuentra —de nuevo— en la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513): «Por consiguiente, para interpretar el concepto de «residencia habitual» del menor, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, no se puede conceder una importancia preponderante a los vínculos de carácter cultural del menor o a su nacionalidad en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, a menos que se pase por alto la intención del legislador de la Unión».

Y, en este mismo sentido, hay que tener en cuenta que los supuestos de imposible discernimiento de la residencia habitual del menor los resuelve el artículo 13.1 RB II bis optando, efectivamente, por la presencia física: «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».

Nótese que este criterio que me parece central, «presencia física estable», se compone de dos factores. Uno es objetivo, la presencia física, mientras que la estabilidad tiene una naturaleza menos evidente. A mi juicio, no hace tanto referencia a la duración de la presencia física como a su vocación, al planteamiento vital que subyace tras la presencia física. Una presencia física con vocación de estabilidad deja algunos rastros, tiene algunos rasgos que permiten caracterizarla más allá de su duración.

Como ya se ha dicho, ni el RB II bis ni el TJUE piensan en cualquier presencia física. Por ejemplo, la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), consideró que una presencia física en un Estado miembro que pudiera calificarse como «errante» no permitía fundar en ella el concepto de residencia habitual y, por tanto, tampoco la competencia de sus tribunales para conocer de cuestiones de responsabilidad parental. Lo mismo sucede en la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513), respecto de lo que pueden considerarse estancias de vacaciones y periodos festivos, que representan, interrupciones ocasionales y temporales en el desarrollo normal de la vida del menor y que no permiten, por tanto, fundar la residencia habitual en el Estado en el que se producen. Como puede observarse, en ambos casos el criterio es más cualitativo que cuantitativo, no importan tanto la duración de las estancias como la vocación con que se hacen, el planteamiento vital que subyace a ellas.

En la misma línea, la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* elaborada por la Comisión Europea afirma que «Aunque el uso del adjetivo «habitual» podría indicar una necesidad de establecer cierta duración de la residencia antes de que esta se pueda calificar de «habitual», no se ha de excluir la posibilidad de que un menor adquiriera su residencia habitual en un Estado miembro el mismo día de su llegada, o poco después».

31. Por esta razón, si la presencia física del menor en un Estado miembro es estable, no suele haber problema para considerarlo su residencia habitual; sin embargo, cuando la presencia física del menor en un Estado es endeble, bien porque ha durado poco tiempo, bien porque está rodeada de elementos peculiares, bien porque el menor ha tenido presencia física con una entidad comparable en Estados distintos —es decir, cuando la estabilidad es cuestionable pese a que la presencia física exista—, el TJUE maneja otros dos tipos factores, vinculados ambos a la estabilidad, a la vocación de permanencia.

32. El primero de ellos es el conjunto de elementos objetivos que permiten corroborar integración social y familiar del menor en ese Estado en el que, además tiene presencia física. Entran aquí todos los elementos citados por la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), y repetidos en otras muchas posteriores: duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a tal Estado; nacionalidad del menor; lugar y condiciones de escolarización; conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales del menor en el Estado en el que se encuentra²⁰.

²⁰ Puede verse, por ejemplo, el examen de estos factores que hace la SAP Alicante 61/2019, de 8 de febrero (ECLI:ES:APA:2019:422), para determinar si los menores a que se refiere el asunto tienen o no su residencia habitual, y no meramente esporádica, en nuestro país.

En ocasiones todos estos hechos, vinculados a la presencia física, entran en conflicto con otros que también indican presencia física en un lugar, como inscripciones en registros públicos o certificados de empadronamiento. Como regla general los tribunales atienden a lo que acredita vida real, cotidiana y en relación con otros del menor, aunque suponga contradicción con lo que se desprende de documentos más o menos oficiales²¹.

33. El segundo grupo de factores a que me refiero, mucho más complicado pero presente en la jurisprudencia y merecedor por tanto de atención, están vinculados a la intención de los progenitores. Ante una presencia física endeble —es decir, débil para fundar con claridad una residencia habitual—, que, además, por su propia debilidad no permite siquiera resolver por completo con base en los factores objetivos antes mencionados, el TJUE ha considerado valorables los datos que subjetivamente permiten descubrir si el establecimiento en un determinado Estado lo es con el objetivo de crear una residencia habitual para el menor; hay que llamar la atención, sin embargo, sobre el hecho de que tal valoración rara vez es positiva. Dicho de otro modo, es muy poco frecuente que la intención de los progenitores de establecer determinado Estado como la residencia habitual del menor juegue efectivamente a favor de la confirmación de tal residencia habitual.

La STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), valoró positivamente en este sentido la intención expresada a través de circunstancias como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, o la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado. Sin embargo, resulta llamativo cómo la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), considera que no puede haber intención verdadera de establecer la residencia de un menor en un Estado cuando se hace sobre la base de una resolución de custodia no firme e impugnada, que puede ser revocada y como consecuencia determinar la temporalidad de la residencia, de la que el TJUE hace derivar la naturaleza de no habitual. Volveremos sobre este punto en el epígrafe siguiente. En todo caso, la STJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), ofrece una visión clara de la posición de este tipo de factores para el TJUE: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intención de los padres no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, pero constituye un «indicio» que puede venir a completar un abanico de otros elementos concordantes».

3. La solución del AAP Barcelona 480/2019

34. Tomar como banco de pruebas un supuesto práctico concreto implica examinar desde la perspectiva teórica la solución adoptada en el caso. Brevemente recordamos: la sentencia belga de primera instancia le otorga la custodia a la madre, que obtiene autorización del tribunal para trasladarse con el menor a España. El recurso de apelación formulado por el padre se resuelve dos años después, con el resultado de revocar la sentencia de instancia, atribuyéndole la custodia del menor y ordenando que éste vuelva a Bélgica para comenzar el curso escolar en septiembre. Tras esta sentencia y antes de que llegue la fecha para el retorno fijada por el tribunal belga, la madre interpone demanda de modificación de medidas ante los tribunales españoles. Es la declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles formulada por el padre la que resuelve el AAP Barcelona 480/2019.

35. La cuestión que tiene que resolver el tribunal consiste en decidir si el traslado del menor a España sobre la base de una resolución que no era firme y que, como consecuencia, podía ser modificada, es suficiente para fundar la residencia habitual del menor en España y, por tanto, la competencia de los tribunales españoles. Si usamos los términos de análisis planteados en el epígrafe anterior, lo que sucede es que la presencia física del menor en España en el momento de formularse la demanda es dé-

²¹ *Vid.* sobre este punto D. GLUHAIA. «Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, 2019, págs. 754-755.

bil en términos de estabilidad: el menor está en España, pero ¿es estable esa presencia física? ¿O debe ceder ante otra presencia física que también ha existido, la que el menor tuvo en Bélgica hasta dos años antes, y donde parece que va a volver? Ante esta situación, el tribunal tendría que analizar el conjunto de factores objetivos y subjetivos a los que se ha ido refiriendo el TJUE; y, a mi juicio, lo hace poco y con poco acierto. Esta falta de acierto se debe tanto a la técnica de análisis usada por el tribunal como a los dos argumentos en los que funda su decisión.

36. En cuanto a la técnica. Ya se ha expuesto aquí que los criterios hermenéuticos que estimo más importantes de entre todos los formulados por el TJUE se refieren por un lado a la formación de criterio sobre la base del examen conjunto y ponderado de las circunstancias fácticas del caso y, por otro, a la cautela con la que hay que aplicar soluciones adoptadas para otros supuestos. Pues bien; como igualmente se ha puesto de manifiesto en el epígrafe primero, es increíble la cantidad de datos objetivos que, con base en la jurisprudencia del TJUE, tienen que ser considerados para determinar la residencia habitual del menor cuando la sola presencia física no es suficiente y que la resolución que observamos no contempla. Es muy posible que el tribunal los conozca, pero deben constituir el fundamento de su decisión, y no aparecen como tales. Si no concurre una presencia física claramente estable, hay que atender a los elementos que indican integración del menor en el entorno en el que se encuentra —y que, como se ha dicho, varían con su edad— y a la voluntad de constituir un determinado lugar como residencia habitual. Sin embargo, la resolución no menciona la edad del menor, ni las razones por las que la madre se traslada con él a España; no conocemos las nacionalidades de madre y menor, no sabemos si tienen familia en España, o tal vez trabajo; si el menor ha estado escolarizado en España o si desarrolla actividades extraescolares que lo integren en otros grupos de personas; ignoramos si el lugar en el que viven es calificable como provisional o indica una vocación de permanencia. El tribunal toma su decisión atendiendo a datos que no son estos; los datos de hecho no cuentan para determinar un foro cuya particularidad consiste precisamente en que sólo está construido por circunstancias fácticas.

Los problemas técnicos del AAP Barcelona 480/2019 no terminan aquí —siempre desde mi punto de vista, claro—; el segundo criterio hermenéutico que considero fundamental de entre los indicados por el TJUE es no extrapolar resultados de otros casos si no es con mucho cuidado, porque, al ser tan relevante lo fáctico, la diferencia entre algunos, pocos, elementos, puede determinar un cambio en la solución jurídica acertada. Sin embargo, y esto nos permite saltar a la cuestión de los argumentos que sustentan la decisión que analizamos, uno de los dos criterios en los que la Audiencia Provincial asienta su decisión de estimar carentes de jurisdicción a los tribunales españoles es la equivalencia de la cuestión que se suscita ante ella con el asunto resuelto por la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* El segundo criterio, y así quedan ambos enunciados antes de examinarlos en profundidad, radica en considerar que la sentencia belga de apelación ha fijado el lugar de residencia del menor en Bélgica, de manera que necesariamente hay que deducir la falta de competencia internacional de los tribunales españoles.

37. La STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), examina efectivamente si el traslado de lugar de residencia de un menor sobre la base de una resolución recurrida y que, por tanto, puede ser revocada, permite entender que la residencia habitual del menor ha cambiado y, como consecuencia, que se modifican también los tribunales competentes para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Junto con este dato, que efectivamente coincide exactamente con un hecho fundamental del asunto al que se enfrenta la Audiencia Provincial, concurren otros dos —tal vez tres— que, en cambio, son completamente distintos, y que podrían determinar una solución distinta.

- El primero es que la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* se dicta en el contexto de una acción de restitución de un menor por retención ilícita, y las normas del Reglamento 2201/2003 a que se refieren las cuestiones prejudiciales resueltas por el tribunal no son las que regulan los foros de competencia en materia de responsabilidad parental, sino las que definen lo que puede entenderse por traslado o retención ilícita de un menor, es decir, los artículos 2 11) y 11 del RB II bis. Evidentemente, estas normas se refieren a la residencia habitual del menor

- y permiten que el TJUE profile su concepto, pero el contexto, la óptica y el problema que se pretende resolver son muy diferentes.
- El segundo es que el tiempo que tarda en resolverse el recurso de apelación mediante el que se impugna la resolución de instancia que permite que la madre se traslade de Estado con el menor en el asunto resuelto por la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* es de ocho meses. El tiempo que tarda en resolverse el recurso de apelación mediante el que se impugna la resolución de instancia que permite que la madre se traslade de Estado con el menor en el asunto resuelto por el AAP Barcelona 480/2019, de 9 de septiembre, es de dos años. El tiempo durante el que el menor ha estado residiendo en un Estado distinto es más del doble entre un supuesto y otro.
 - Decía que tal vez haya un tercer dato que marque la diferencia, y es la edad del menor. Los datos de la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* nos permiten saber que la menor tenía cuatro años cuando se trasladó de Estado con su madre, y que estuvo en este segundo Estado durante ocho meses. Los datos del AAP Barcelona 480/2019 no nos permiten conocer la edad del menor, aunque tangencialmente sabemos que está en edad escolar, puesto que la resolución del tribunal belga que le otorga la custodia al padre que vive en Bélgica ordena que el niño haya sido trasladado a este Estado para el comienzo del curso escolar en septiembre. La edad escolar abarca un periodo amplísimo de la vida de un menor, que puede comenzar a los tres años. Si el menor estuviese en este extremo, significaría que ha pasado en España la mitad de su vida o más, dos años de tres o de cuatro. Si el menor tuviese más años, seis, ocho, diez, implicaría que ha pasado en España un periodo significativo de su vida, en el que se integra en un entorno social, puesto que dos cursos escolares para un menor son mucho tiempo. Ninguno de estos extremos es examinado por el AAP Barcelona 480/2019.

38. La doctrina de la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268) que la Audiencia Provincial toma como base para el primero de los argumentos que la conducen a rechazar la competencia de los tribunales españoles se contiene en la siguiente consideración del TJUE: «Al examinar, en particular, las razones de la estancia del menor en el Estado miembro al que ha sido trasladado y la intención del progenitor que le ha llevado a éste, en circunstancias como las del asunto principal, es importante tener en cuenta que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y que había sido recurrida en apelación. En efecto, esos factores no favorecen una constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor, ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal».

Mirado de manera aislada, no parece uno de los aspectos más afortunados de la doctrina del TJUE. Por un lado, es necesario otorgar valor a la justicia de primera instancia, si no se quieren alentar los recursos meramente dilatorios y obstaculizadores para la parte contraria; quien adecúa su conducta a ella tiene un pronunciamiento judicial a su favor y, en estos casos además, una autorización del tribunal que estima que existen razones justificadas para trasladar la residencia. Visto en sentido contrario, la impugnación tiene tantas posibilidades de prosperar como de ser rechazada, de manera que mantener la residencia en el Estado de origen también podría considerarse temporal, puesto que el progenitor que ya ha obtenido la custodia y que quiere trasladarse con el menor a otro Estado estaría esperando solo a que la sentencia que le es favorable se confirme, viviendo con un planteamiento transitorio y temporal hasta que pueda marcharse con una sentencia firme. Y, por otro lado, es excesivo el paralelismo que establece la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.*, entre residencia habitual y conciencia de estancia temporal. Quien se traslada con su familia a otro Estado para desarrollar un proyecto laboral que va a durar unos años está modificando muy posiblemente —no olvidemos que hay que tener en cuenta el conjunto de los hechos y no un solo dato— durante esos años su residencia habitual, que es un concepto acuñado precisamente para adaptarse a los hechos y evitar la rigidez de conceptos con un componente más jurídico; si la residencia habitual es el lugar al que pienso volver, aunque durante un periodo de tiempo significativo no desarrolle mi vida ordinaria en él, entonces el componente fundamental de la residencia habitual no es el de los hechos sino el de la intención, no el físico sino el espiritual; y no es esto lo que se desprende

de la jurisprudencia del TJUE hasta el momento. La temporalidad es, además y muy particularmente, un elemento asociado a las medidas de responsabilidad parental en contextos de conflictividad familiar: la resolución firme no permite pensar que las cosas se han resuelto de manera definitiva, puesto que un cambio en las circunstancias, fortuito, provocado, o producto de factores incontrolables como el paso del tiempo, la edad, la salud o la muerte, abre paso a un proceso de modificación de medidas y a que lo que parecía seguro dure tal vez muy poco tiempo.

Sin embargo, el TJUE no mira este asunto de manera aislada. Inmediatamente después de afirmar que el traslado con base en una resolución cuya ejecución es solo provisional «no favorece» la materialización de un cambio en la residencia habitual del menor, el TJUE continúa diciendo que «Dada la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor, al evaluar todas las circunstancias específicas del caso esos factores deben ponderarse con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado, como los mencionados en el apartado 52 de esta sentencia, y en particular el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen. En cambio, el tiempo transcurrido desde esa última resolución no puede tomarse en consideración en ningún caso». Esto cambia totalmente la perspectiva: el TJUE pone reparos —tal vez algo excesivos, como ya se ha indicado— para considerar que el cambio de residencia habitual puede producirse sobre la base de una resolución impugnada, pero estima que esos reparos deben ponderarse junto con todas las circunstancias específicas del caso, y menciona concretamente dos factores: la integración en un entorno social y familiar del menor que se haya podido producir, y el tiempo que media entre el traslado y la resolución que revoca la atribución de custodia sobre cuya base se produjo éste.

39. Inexplicablemente, el AAP Barcelona toma en consideración la primera parte, pero no la segunda. No porque la ignore, puesto que la cita expresamente, sino porque considera que «estas precisiones se hacen en un contexto en el que lo que se ha planteado es una demanda de sustracción internacional en la que debe calificarse si la retención en el Estado al que se trasladó el menor en virtud de la sentencia de primera instancia es o no ilícito (...)». Es precisamente este contexto distinto lo que convierte en un error de técnica tomar en consideración que la presencia física de un menor en un Estado sobre la base de una resolución solo provisionalmente ejecutable es débil para fundar la residencia habitual del menor en ese Estado, y desdeñar la consideración de las circunstancias de hecho a las que hay que atender cuando la presencia física no es un factor suficiente, más aún cuando la propia resolución del TJUE que se toma como modelo insiste en que se consideren todas las circunstancias del caso y, particularmente el tiempo que ha durado ese traslado y lo que ha sucedido en cuanto a la integración social y familiar del menor durante ese tiempo. No conocemos estas circunstancias porque la resolución no las menciona, salvo el tiempo de dos años que tarda en resolverse la apelación y durante el que el menor reside en España, pero es posible que hubieran sido suficientes para fundar la residencia habitual y la competencia internacional de los tribunales españoles.

Como término de comparación, puede tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 10 RB II bis respecto de la competencia para acordar medidas de responsabilidad parental si se ha producido el traslado o retención ilícitos del menor. La regla general es que el Estado de origen en el que residía habitualmente el menor conserva su competencia, pero puede ser adquirida por los tribunales del Estado al que el menor fue trasladado o en el que es retenido —ilícitamente— si concurren ciertas condiciones, que toman como base que el menor haya residido en tal Estado al menos un año y esté integrado en su nuevo entorno²². Insisto en que además de este dato tienen que concurrir otros elementos y en que se trata de la comparación de dos contextos completamente distintos. Pero no deja de resultar curioso por contraste que un traslado lícito que dura dos años no sea suficiente para valorar, con base en el artículo 8 RB II bis y no en un supuesto excepcional, los datos de hecho que determinarían si existe integración social y familiar del menor y, con ella, residencia habitual.

²² Como ejemplo de aplicación de esta norma puede verse el AAP Barcelona 487/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APB:2017:8978A). La resolución es un punto voluntarista, también porque el caso es enormemente complejo, pero acertada en su conjunto.

40. Como se ha dicho, la Audiencia Provincial de Barcelona no se funda solo en el argumento que le ofrece la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), sino que maneja un segundo criterio que resulta decisivo para la opción por la que finalmente se inclina, y que consiste en que, en el momento de interponerse ante los tribunales españoles la demanda de modificación de medidas, la sentencia belga de apelación ya había fijado la residencia del menor en Bélgica. Este criterio es igualmente el fundamento del auto del Juzgado de Primera Instancia que resuelve la declinatoria formulada por el padre y que la madre recurre ante la Audiencia Provincial. El AAP Barcelona se refiere a él en varios momentos, y se toma aquí el último de ellos, que cierra la fundamentación de la resolución: «Pero dictada sentencia por el Tribunal Belga en segunda instancia que determina la residencia habitual del menor con el padre en Bélgica, los Tribunales españoles no son competentes para conocer de una demanda de modificación de medidas en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento porque la residencia habitual del menor ya no está en España y el reglamento no contempla la posibilidad de solicitar la transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del estado miembro de residencia, como sí lo hace el reglamento 1111/2019 no aplicable al presente supuesto»²³.

Como se ha expuesto a lo largo de las páginas precedentes, la residencia habitual es un punto de conexión compuesto de un conjunto de hechos, distintos en cada caso, que giran en torno a la presencia física de un menor en un Estado de manera estable, y a las circunstancias que indican que tal Estado es el centro de vida del menor, en palabras de la STJUE de 28 de junio de 2018 *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). Y todo esto se valora en el momento de interponer la demanda. Pues bien, en el momento de interponerse la demanda de modificación de medidas, el menor residía en España y esa había sido su situación durante los últimos dos años. Es cierto que hay una sentencia dictada en Bélgica que atribuye la custodia del niño a su padre y ordena que ésta se haga efectiva en unos meses, antes del comienzo del curso escolar. Pero considero que la Audiencia incurre en un error de enfoque al valorar esta resolución. Su contenido no es fijar la residencia habitual; la residencia habitual no se establece porque una resolución lo diga, igual que no se crea porque se practiquen inscripciones en registros públicos o en padrones municipales; el concepto de residencia habitual está precisamente pensado para oponer la realidad a cualquier apariencia jurídica de realidad; para esto se crea y se separa del concepto de domicilio, que es, al contrario que el concepto de residencia habitual, mucho más jurídico que fáctico.

Lo que hace la sentencia belga es atribuir la custodia del menor al padre, que por el momento vive en Bélgica; y ordenar que el niño vuelva con él en un plazo de casi tres meses a contar desde que la sentencia se dicta. Pero no crea ni determina ni fija una residencia habitual, porque la residencia habitual es un concepto actual y concreto, que no puede ser distinto de como es porque una sentencia lo diga. Será distinto en el futuro, tal vez, como consecuencia de esa sentencia; pero hoy es otra cosa, y eso es lo que hay que valorar para determinar la competencia para conocer del proceso de modificación de medidas. Tanto es así, que la sentencia tampoco puede asegurar ni condicionar que el niño vaya a vivir en Bélgica en el futuro, puesto que el padre que ha obtenido la custodia puede decidir un día después de recuperar al menor trasladarse con él a otro Estado, y no estaría incumpliendo la sentencia del tribunal belga de apelación. Lo que la sentencia ordena es que el niño viva con el padre, no que el niño viva en Bélgica. Y eso, a partir del mes de septiembre, cuando la sentencia se dicta en junio y el menor lleva por entonces dos años en España. Estimar, sin más análisis, que los tribunales españoles carecen de competencia porque su residencia habitual ha sido fijada en Bélgica es, creo, prescindir del concepto de residencia habitual del RB II bis, de la finalidad con la que el legislador europeo crea este foro de competencia y lo mantiene —acertadamente a mi juicio, como ya he manifestado— en el estado de apertura e indefinición en el que se encuentra y de los criterios hermenéuticos que emanan de la jurisprudencia del TJUE.

41. A modo de conclusión. No puedo afirmar tajantemente que la solución final del AAP Barcelona sea errónea, porque no se valoran en ella los datos que deben conducir a la determinación de la residencia habitual actual del menor, de manera que no los conocemos. Tal vez del examen de esos

²³ Sobre los foros de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/1111 *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ. «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº. 2, 2020.

datos de hecho se desprendiera que nunca existió intención de establecerse en España con carácter permanente; que la madre custodia no tiene en nuestro país trabajo ni residencia estables, y tampoco familia ni vínculos afectivos; que el menor no ha estado escolarizado en España ni habla nuestro idioma ni se ha integrado social o familiarmente en ningún nivel; que su existencia durante esos dos años ha sido realmente errante, en movimiento, en continuo traslado. Si, en cambio, toda la estabilidad de que hipotéticamente podría haber carecido en España, la tuvo en Bélgica hasta que se produjo el traslado, los tribunales españoles carecerían en efecto de competencia internacional y el proceso de modificación de medidas tendría que ser instado ante los tribunales belgas. Lo que equivoca la Audiencia Provincial de Barcelona en esta resolución, desde mi punto de vista, no es el resultado, sobre cuyo acierto no podemos juzgar, sino el camino para hallarlo.

Es posible que se trate de un caso en el que vence el pragmatismo. Un proceso instado en el mes de julio que afecta a un menor que, en principio, tiene que volver a Bélgica en el mes de septiembre es un proceso que se va a sustanciar con el menor lejos. Desde luego, esto es así. Sin embargo, hay tres tipos de consideraciones que combaten este pragmatismo y que sin duda cualquier tribunal puede hacerse. La primera y más evidente es que las normas vinculan la determinación de la residencia habitual al momento de interposición de la demanda, y no a las previsiones sobre la sustanciación del proceso, y conviene hacer caso de las normas. La segunda, que existen instrumentos procesales variados para paliar los inconvenientes de este tipo de situaciones, como medidas cautelares o actuaciones de anticipación de la prueba. Y, por último, la proximidad que busca el RB II bis mediante el foro de la residencia habitual no es tanto entre el tribunal y el menor como tal, que es procesalmente una pieza muy pequeña, porque puede que no exista siquiera la posibilidad de escucharlo a causa de su edad, sino con las circunstancias del menor, con lo que va tejiendo la vida del menor sobre la que hay que resolver. Y esas circunstancias permanecen en España y son cognoscibles y valorables por un tribunal español aunque el menor se vaya a Bélgica en septiembre. La decisión pragmática, si es que lo fue, resulta cómoda, pero tampoco particularmente acertada.

IV. La competencia interna de los tribunales españoles para los procesos transfronterizos de modificación de medidas

1. Normas supranacionales de doble nivel y normas supranacionales de una sola fase

42. Determinar el tribunal competente para conocer de un asunto concreto es una operación que se rige por dos tipos de normas distintas, normas de jurisdicción y normas de competencia. Las normas de jurisdicción no seleccionan tribunales concretos, sino conjuntos de tribunales; y, ya dentro de esos conjuntos de tribunales, las normas de competencia van individualizando el órgano jurisdiccional preciso al que el legislador ha señalado para hacerse cargo de un asunto.

Habitualmente, las normas supranacionales, como los reglamentos europeos, son normas de jurisdicción —aunque la denominación «competencia internacional» esté asentadísima y sea la que utilicemos habitualmente, por su naturaleza jurídica se trata de normas de jurisdicción— puesto que determinan un conjunto de tribunales, los tribunales de este Estado o de aquel otro. Y son las normas de competencia internas de cada Estado las que, cuando sus tribunales han sido señalados como internacionalmente competentes, designan cuál de todos ellos en concreto debe conocer de un asunto. Esta designación tiene con frecuencia dos pasos distintos. El primero consiste en determinar qué tipo de tribunal de todos los que hay en un orden jurisdiccional, como el civil, va a conocer del asunto: en nuestro ordenamiento jurídico podría tratarse de un Juzgado de Primera Instancia, o de una Audiencia Provincial, o del Tribunal Supremo, entre otros tribunales posibles; las normas procesales denominan «competencia objetiva» al conjunto de reglas que conducen a la selección del tipo de órgano jurisdiccional que va a conocer del fondo de un asunto. El segundo paso es necesario si, como ocurre en muchas ocasiones, del mismo tipo de tribunal existen varios en nuestro Estado, y no hay que realizarlo si la norma de competencia objetiva nos conduce a un tribunal del que solo existe uno, como el Tribunal Supremo. Pero, si no es así, ¿cuál de todos los Juzgados de Primera Instancia, o de todas las Audiencias Provinciales que hay en España va a conocer del fondo de un asunto concreto? A esta pregunta dan respuesta las normas sobre competencia territorial.

43. Se decía que lo habitual es que las normas supranacionales determinen la competencia internacional; así, cuando el artículo 8 RB II bis quiere definir la competencia para conocer de acciones relativas a responsabilidad parental, lo hace refiriéndose al conjunto de los tribunales de un Estado: «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». Para el artículo 8 RB II bis todos los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor tienen jurisdicción, y ya dirán las normas del Estado de que se trata cuál de ellos en concreto va a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, hay normas supranacionales que, excepcionalmente, resuelven conjuntamente la competencia internacional y la competencia territorial, porque el legislador —europeo en los ejemplos que estamos manejando— no quiere atribuir competencia internacional a cualesquiera órganos jurisdiccionales del Estado miembro, sino a uno en concreto. Es lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 7 RB I bis²⁴, que establece un foro especial en materia contractual, que el actor puede elegir como alternativo al general del domicilio del demandado, pero que ya no remite «a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que...» sino «ante el órgano jurisdiccional del lugar que...». Pasamos del plural al singular, y del Estado al lugar; y esta diferencia de formulación es clave, puesto que en el caso que ejemplificamos con el artículo 7 RB I bis, ya no son competentes todos los tribunales del Estado miembro en que debiera cumplirse la obligación, sino solo el tribunal del lugar en que debiera cumplirse la obligación, de manera que si las normas de competencia interna del Estado de que se trate impidieran este resultado, ningún tribunal más en el Estado tendría competencia internacional, y el demandante ya no podría elegir, viéndose abocado a formular su demanda ante los tribunales del Estado en el que se encuentre domiciliado el demandado.

Obsérvese que la norma supranacional no define la competencia objetiva; el RB I bis no entra en si debe ser un Juzgado de Primera Instancia o un Juzgado de lo Mercantil, pero sí define la necesidad de que se trate del órgano jurisdiccional de un tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación. La norma define de golpe la competencia internacional y territorial, saltándose la objetiva, que queda siempre para la regulación procesal interna.

44. El RB II bis no contiene este tipo de normas dobles, de manera que regula solo la competencia internacional y no la territorial interna. Y no se trata de un cambio de técnica legislativa, adoptada por una norma que es diez años posterior a otra, porque el RB I²⁵ ya contiene en 2001 en su artículo 5 1) la norma de doble nivel para regular la competencia internacional respecto de obligaciones en materia contractual, mientras que el RB II ter²⁶ continúa regulando la competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental con normas de una sola fase.

No es un criterio pacífico, aunque desde la perspectiva procesal me parece indudable; no entro en que sea o no deseable, hablo de «ser» y no de «deber ser». En este sentido FONT I SEGURA observa que el informe Borrás hecho sobre el texto legislativo que constituyó el germen del Reglamento 1347/2000, sustituido por el actualmente vigente 2201/2003, se ponía expresamente de manifiesto que se trataba de normas que «no inciden en el reparto de competencia territorial en el interior del Estado»²⁷.

²⁴ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁵ Reglamento (CE) n.º 44/2001 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. La confusión entre la competencia internacional y la competencia territorial sigue siendo frecuente, como se pone de manifiesto en el bien fundado AAP Barcelona 289/2019, de 8 de julio (ECLI:ES:APB:2019:5371A).

²⁶ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019.

²⁷ A. FONT I SEGURA. «Cuando el divorcio es cosa de dos. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, OF y PG» *La Ley Unión Europea*, n.º 77, 2020, pág. 6 y nota 8.

2. Los problemas y soluciones de la competencia interna para conocer de procesos transfronterizos de modificación de medidas

45. ¿Por qué es importante aquí toda esta cuestión? Pues porque la competencia interna para conocer de los procesos de modificación de medidas conforme al artículo 775 LEC corresponde al tribunal que dictó las medidas cuya modificación se pretende. En los procesos transfronterizos de modificación de medidas que, por residir habitualmente el menor en nuestro Estado, se atribuyen a la competencia de nuestros tribunales aplicando el RB II bis, sucede con frecuencia que las medidas cuya modificación se insta fueron adoptadas por tribunales de otros Estados, de manera que la norma del artículo 775 LEC no es operativa. Si el artículo 8 RB II bis fuese una norma de doble nivel, que regulase a la vez la competencia internacional y la territorial interna, serían competentes para estos casos los Juzgados de Primera Instancia —de esto no hay duda conforme al artículo 45 LEC— del lugar en el que el menor tuviera su residencia habitual. Pero, puesto que el artículo 8 RB II bis es una norma de competencia de una sola fase, hay que resolver internamente cuál es el tribunal con competencia territorial para hacerse cargo del asunto.

Este problema no es nuevo; tuvo una importante versión hace unos años, resuelta por la STC 61/2000, de 13 de marzo (ECLI:ES:TC:2000:61), que consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que los tribunales rechazasen la competencia internacional alegando carencia de norma interna para designar el órgano jurisdiccional concreto al que le correspondía²⁸.

46. A diferencia de lo que sucede en las normas supranacionales, el criterio de la residencia de los menores no es en ningún caso preferente para la LEC. Incluso para los procesos cuyo objeto se centra exclusivamente en la adopción de medidas sobre hijos y no en la disolución o modificación del vínculo matrimonial, el artículo 769.3 LEC atribuye la competencia a los tribunales del último domicilio común de los progenitores y, si los progenitores residen en partidos judiciales distintos, todavía el actor puede elegir entre los tribunales del domicilio del demandado y los de la residencia del menor. Así lo puso de manifiesto el ATS de Pleno de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:6541A), dictado como consecuencia de los conflictos de competencia generados por la aplicación del entonces recién reformado artículo 775 LEC, y que no menciona solo esta norma, sino otras de la LEC y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que siguen el mismo criterio. Aunque es algo extensa, para quienes no estén familiarizados con nuestro régimen procesal interno es interesante reproducir la reflexión del TS sobre las ventajas y desventajas de una norma que atribuye competencia para procesos relativos a menores, pero que no elige como punto de conexión principal el lugar de residencia del menor.

Dice el TS en esta resolución: «No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas y que los inconvenientes que provoca no son insalvables. En primer lugar, este fuero de competencia aporta un factor de calidad en la decisión de cambio de las medidas, ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante. En segundo lugar, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC, al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio. Por otro lado, los inconvenientes de esta solución, apuntados por el Ministerio Fiscal en su informe, se concentran en los concretos casos en que la modificación de las medidas afecte a hijos menores o discapaces que hayan dejado de residir en el partido judicial en el que se dictó la resolución inicial, pero, aun constatando el riesgo de que tales inconvenientes existan, no se consideran insalvables. De entrada, se trata de un problema que admite múltiples graduaciones en función del caso concreto: su entidad dependerá de la distancia entre ciudades, de las vías y medios de comunicación, de la residencia del progenitor no custodio, del régimen de estancia con él, de los vínculos con la ciudad de ori-

²⁸ Lo explica breve pero precisamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. «Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias». *La Ley Unión Europea*, nº 47, 2017, pág. 3.

gen, etc., de modo que en muchos casos el asunto podrá tramitarse y resolverse en el juzgado que acordó las medidas sin especiales dificultades para los menores o discapaces. Y, en función de las peculiaridades de cada caso, siempre será posible arbitrar los medios necesarios para minimizar esos inconvenientes: la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de las pruebas personales, previsto en el art. 229 LOPJ para las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas»; la colaboración de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados del domicilio del menor; las vías de cooperación y auxilio judicial previstas en la ley; incluso, cuando la exploración de los menores sea necesaria y resulte especialmente gravoso su desplazamiento al juzgado competente, podrá autorizarse el desplazamiento del juez de conformidad con el art. 275 LOPJ, cuando no se perjudique la competencia de otro órgano y venga justificado por razones de economía procesal».

47. Claramente asentada, pues, en el ámbito interno, la competencia del tribunal que dictó las medidas para conocer de los procesos relativos a su modificación, lo siguiente que hay que tener en cuenta es que la dificultad de que este tribunal no pueda hacerse cargo del proceso de modificación de medidas, convirtiendo en inaplicable la norma de competencia del artículo 775 LEC, no es exclusiva de los asuntos transfronterizos, sino que en el ámbito interno ya se ha planteado respecto de las medidas acordadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos tribunales tienen competencia para acordar medidas de carácter civil sobre menores en tanto está pendiente un proceso penal por violencia de género entre sus progenitores; pero si en el momento en el que se pretende la modificación de las medidas acordadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el proceso penal que le otorgaba competencias en materia civil sobre menores ya no existe —porque ha finalizado, de cualquiera de las formas previstas en la ley—, la competencia en materia civil ha desaparecido también, de manera que no puede conocer del proceso de modificación de medidas. Este problema fue resuelto por el ATS de Pleno de 14 de junio de 2017, que consideró que en estos supuestos la competencia para conocer de la modificación de las medidas debe determinarse conforme al artículo 769.3 LEC, previsto para los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, es decir, para las primeras medidas en materia de responsabilidad parental que solicitan unos progenitores que no instan simultáneamente la disolución de su vínculo matrimonial, habitualmente porque no lo tienen. Como ya se ha dicho, el artículo 769.3 LEC considera competentes a los tribunales del último domicilio común de los progenitores y, si residen en partidos judiciales distintos, el actor puede elegir entre formular su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los del lugar de residencia del menor.

48. Los problemas de los procesos de modificación de medidas transfronterizos han sido abordados específicamente por el TS en el ATS de 17 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:9225A), aunque que esta resolución no se pronuncia sobre el Reglamento 2201/2003, sino que se refiere al Reglamento 4/2009 en materia de alimentos. Ciertamente, el foro de competencia que difiere el asunto a la jurisdicción de nuestros tribunales es también en este caso la residencia habitual del menor acreedor de alimentos —con base en el artículo 3 b) del Reglamento 4/2009—, de manera que su criterio podría resultar aplicable a todos los supuestos en los que nuestros tribunales tengan competencia internacional para conocer de un asunto pero haya que designar *ex novo* al órgano jurisdiccional concreto que debe hacerlo, puesto que las normas de competencia interna lo eligen a través de reglas de competencia funcional que no son aplicables cuando la competencia para adoptar las medidas originales —de responsabilidad parental o de alimentos— correspondía a los tribunales de otro Estado. Sin embargo, hay una diferencia radical entre las normas del RB II bis y los apartados a) y b) del Reglamento 4/2009, y es que estas últimas sí son normas de doble nivel: «Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual (...)». Por tanto, no «los tribunales del Estado miembro» sino «el órgano jurisdiccional del lugar». Cambia completamente.

Desafortunadamente, el ATS de 17 de septiembre de 2019 no advierte esta diferencia, que es radical. Y, como consecuencia, adopta la solución que sería razonable para los procesos de modificación de medidas de responsabilidad parental, que es mantener el criterio con el que ya resolvió los problemas

equivalentes que se han suscitado en el ámbito interno de nuestro ordenamiento, pero no la solución adecuada para la modificación de medidas de alimentos, que es el asunto que tenía planteado. No existe apoyo normativo para establecer la competencia exclusiva a favor de los tribunales de la residencia del menor con base en el Reglamento 2201/2003, que no es una norma de doble nivel; ni tampoco puede encontrarse en la legislación interna, que no designa la residencia habitual del menor como foro prioritario o exclusivo en ningún caso. La designación del artículo 769.3 LEC para regir la competencia interna en estos casos es probablemente la más abierta de entre las posibles, e incorpora entre sus opciones la residencia habitual del menor al que se refieran las medidas. Sin embargo, los apartados a) y b) del artículo 3 del Reglamento 4/2009 sí establecen normas de competencia territorial a favor del tribunal del lugar de residencia, bien del acreedor de alimentos, bien del demandado por ellos, y así lo tenía que haber comprendido el Tribunal Supremo, que debió haber tenido en cuenta para resolver la compleja y no particularmente rotunda pero finalmente clara en su conjunto STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Sanders, Verhaegen y Huber* (ECLI:EU:C:2014:2461).

49. En lo que a nosotros nos interesa, los procesos de modificación de medidas de responsabilidad parental y no de alimentos, el recurso al artículo 769.3 LEC sí es un criterio válido. Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta norma no ofrece un conjunto de foros completamente electivos. Su primera regla determina que la competencia corresponde al tribunal del último domicilio común de los progenitores. Solo si los progenitores residieran en distintos partidos judiciales, será tribunal competente entonces, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Sin embargo, la vigencia de esta primera regla está muy debilitada, puesto que el TS ha declarado reiteradamente desde hace años que el foro del último domicilio común es aplicable a los supuestos en los que en el momento de la interposición de la demanda sigue existiendo tal domicilio común²⁹. Si no es así, aunque los progenitores residieran en el mismo partido judicial y no en partidos distintos como contempla la regla subsidiaria de la norma, no tendrían que desplazarse al tribunal del último domicilio común si éste fuese diferente que el lugar del partido judicial de residencia de ambos al tiempo de la demanda, y el progenitor demandante podría optar entre el tribunal del domicilio del progenitor demandado o el tribunal de la residencia habitual del menor, que es y será el más utilizado en la práctica³⁰.

50. Es, pues, comprensible y merecida la crítica de que se hace acreedor el Tribunal Supremo, por esta resolución en concreto y por su comprensión general de las normas procesales europeas. Aunque tampoco conviene incurrir en el error contrario, interpretando las normas procesales internas desde una óptica que atiende exclusivamente a los reglamentos, o a algunos de ellos. En mi opinión, el artículo 769.3 LEC no está íntimamente conectado a los criterios de competencia del artículo 3 RB III, como se ha sostenido³¹, sencillamente porque es una norma aplicable a cualquier petición de modificación de medidas de responsabilidad parental, no solo a las relativas a alimentos; peticiones que, como se ha visto, desde la perspectiva procesal interna tienen un tratamiento equivalente pero no desde la perspectiva procesal europea. Y tampoco me parece sostenible la idea de que el artículo 769.3 LEC es una norma prevista para supuestos con elemento extranjero mientras que el artículo 775 LEC lo es para procesos de modificación de medidas que no tienen carácter transfronterizo; de hecho, son normas que regulan la competencia para procesos distintos, de primeras medidas sobre menores cuando no se

²⁹ *Vid.* por todos ATS de 15 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:279A).

³⁰ Puede verse en este sentido los AAAP Barcelona 303/2018, de 26 de junio (ECLI:ES:APB:2018:3741A) y 198/2019, de 22 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:3108A).

³¹ M.J. VALVERDE MARTÍNEZ «Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº 1, 2020, págs. 771 y 772, que en cambio hace un tratamiento adecuado del foro de la residencia habitual en el Reglamento 4/2009. También hay resoluciones judiciales que consideran razonable prescindir de la letra de la ley en beneficio del que estiman su espíritu. Puede verse en este sentido la decisión que adopta el AAP Oviedo 126/2017, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APO:2017:1432A), resolviendo una cuestión negativa de competencia con base en la pertinencia de interpretar las normas sobre competencia conforme a la tutela judicial efectiva y a la primacía del interés superior del menor, en cuanto evita desplazar a los hijos menores a lugar distinto de donde vivan,

pretende disolución del vínculo matrimonial el primero y de modificación de cualquier tipo de medida independientemente del proceso en el que se haya adoptado, el segundo, sin ningún planteamiento sobre la concurrencia o no de elementos extranjeros. Simplemente, existe una laguna legal respecto de los procesos transfronterizos de modificación de medidas de responsabilidad parental —no así para los procesos transfronterizos de modificación de alimentos, donde hay norma supranacional directamente aplicable aunque el TS no lo sepa ver—, como ocurre para otros supuestos ya mencionados, como la modificación de las medidas acordadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer una vez ha finalizado el proceso penal o las adoptadas ante autoridades no jurisdiccionales, si dejan de concurrir los requisitos necesarios para que las mismas autoridades puedan modificarlas y es necesario dirigirse a un tribunal. Una laguna legal que es deseable que el legislador elimine cuanto antes.

No tener presente lo transfronterizo es un defecto común del legislador procesal español en el que a veces los demás también incurrimos. En un trabajo anterior y relacionado básicamente con nuestra legislación interna, consideré desacertada la opción del TS por el apartado 3 del artículo 769 LEC para solucionar el problema de la falta de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para modificar las medidas acordadas por ellos, y preferibles, en función de las circunstancias —y por razones que ahora no vienen al caso— los apartados 1 y 2 de esa misma norma³². Pues bien, al reflexionar ahora sobre los procesos transfronterizos de modificación de medidas, rectifico mi criterio, porque entiendo que el apartado 3 es más abierto, más flexible, y se adapta mejor a los procesos con elemento extranjero, sin estorbar particularmente a los puramente internos. Vivimos en un aprendizaje continuo. *Laus Deo*.

³² P. PEITEADO MARISCAL. Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja, La Ley, 2019. No tengo el ejemplar en papel y no puedo citar las páginas, pero las consideraciones a que me refiero se encuentran en el epígrafe 1.4.1 relativo a la competencia funcional en los procesos de modificación de medidas, del Capítulo Tercero.