

# Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado

## Habitual residence of the child in a parental responsibility case: The complex concretisation of an indeterminate legal concept

SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA

*Doctora en derecho internacional privado*  
*Profesora interina en derecho internacional privado*  
*UPV/EHU, Université de Pau et des Pays de l'Adour*

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7223

**Resumen:** La determinación caso a caso de la residencia habitual del menor como foro de competencia judicial internacional es una cuestión no exenta de dificultades. El método de concreción del criterio dota de notable flexibilidad al sistema para que pueda ajustarse a las circunstancias específicas del caso. Sin embargo, la adaptabilidad del concepto también dificulta la tarea del operador jurídico y provoca cierta inseguridad jurídica. La localización de la residencia habitual requiere una detenida ponderación de las circunstancias fácticas propias de cada caso.

**Palabras clave:** Reglamento Bruselas II bis, responsabilidad parental, medidas provisionales, competencia judicial internacional, residencia habitual.

**Abstract:** The determination case-by-case of the habitual residence of the child as a forum for international jurisdiction is a question not without its difficulties. The method of specifying the criterion gives considerable flexibility to the system so that it can be adjusted to the specific circumstances of the case. However, the adaptability of the concept also makes the task of the legal operator more difficult and leads to some legal uncertainty. The location of the habitual residence requires careful consideration of the factual circumstances of each case.

**Keywords:** Brussels IIa Regulation, parental responsibility, interim measures, international jurisdiction, habitual residence.

**Sumario:** I. Introducción. II. Análisis fáctico del litigio III. Consideraciones jurídicas. 1. Primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros. 2. Aplicabilidad del Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. 3. La complejidad del criterio clave de residencia habitual. IV. Conclusiones.

### I. Introducción

1. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia el 25 de noviembre de 2021<sup>1</sup> desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e

<sup>1</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección nº10 de Resolución 481/2021, *Roj*: AAP V 2883/2021.

instrucción nº6 de 4 de mayo de 2021, dictada en un asunto derivado de una relación jurídico-privada internacional sobre modificación de medidas provisionales fijadas en sentencia previa de divorcio.

2. En la presente Nota, nos limitaremos a proporcionar un breve análisis fáctico del litigio (II) para adentrarnos en una serie de consideraciones jurídicas (III).

## II. Análisis fáctico del litigio

3. En el caso objeto de comentario, el litigio enfrenta a los progenitores de una menor en un supuesto de responsabilidad parental donde se plantean dudas acerca de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

4. El progenitor no custodio instó una demanda de modificación de medidas provisionales ante el foro español. En el Auto recurrido de 4 de mayo 2021, el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº6 rechazó su competencia y desestimó la demanda por falta de competencia internacional.

5. Disconforme con dicho fallo, el demandante interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia. La parte apelante adujo que se había vulnerado, entre otros, su derecho a la tutela judicial efectiva (amparado por el artículo 24 de la Constitución) al no existir motivo para la presunta falta de competencia en virtud de lo establecido por los artículos 22, 21, 22 ter, 22 quater d) y 22 quinquies de la Ley de Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Conviene destacar que la invocación de estos preceptos es errónea, al anteponer el bloque normativo interno al de la Unión Europea. La parte apelante invoca también los artículos 36.2 y 38 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil para esgrimir que la competencia internacional de los tribunales españoles se rige por los tratados o convenios internacionales de los que España es parte y debe ser controlada de oficio.

6. En sentencia nº481/2021 de 25 de noviembre de 2021, la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, tras realizar un análisis ponderado de las circunstancias fácticas del caso concreto, concluyó que la residencia habitual de la menor al inicio del procedimiento se encontraba en Polonia y desestimó dicho recurso de apelación interpuesto por el progenitor descartando por tanto la competencia de los tribunales españoles.

Tanto la solución adoptada como la argumentación expuesta para desestimar el recurso interpuesto por la parte apelante merecen una valoración positiva.

## III. Consideraciones jurídicas

7. En primer lugar, cabe reparar en la complejidad del sistema de competencia judicial internacional del ordenamiento jurídico español caracterizado por la concurrencia de diversos instrumentos con distinto origen (1) y la importancia de la correcta delimitación del ámbito de aplicación de la normativa aplicable (2). Por último, es preciso destacar la complejidad del concepto de residencia habitual (3).

### 1. Primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno de los Estados miembros

8. Antes de determinar la normativa aplicable, es preciso atender al objeto de la *litis*. En el presente caso, se trata de una demanda relativa a una modificación de medidas provisionales respecto de una menor, establecidas en un procedimiento previo. El operador jurídico ha de realizar en segundo lugar una labor previa de selección de la normativa aplicable dentro del entramado normativo existente

para determinar el tribunal internacionalmente competente que conocerá de las modificaciones de las medidas de responsabilidad parental.<sup>2</sup>

El razonamiento de la Audiencia provincial basado en la directa aplicabilidad del derecho europeo sin hacer alusión alguna a los preceptos internos es correcto. En efecto, en lo que respecta a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, las autoridades judiciales españolas han de atender en primer lugar a lo dispuesto por la normativa europea<sup>3</sup>, y más concretamente, por el Reglamento (CE) núm. 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, (“Bruselas II bis”<sup>4</sup>), que sustituyó al Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes<sup>5</sup>. Como consecuencia de lo anterior, debe considerarse que la cita recurrente de la ley Orgánica de Poder Judicial por la parte apelante, que establece la aplicación preferente de la legislación europea infringe los principios de eficacia directa<sup>6</sup> y de jerarquía<sup>7</sup> que vertebran el derecho europeo.

9. Por tanto, ante un litigio internacional relativo a la responsabilidad parental deben aplicarse en primer lugar las normas europeas. Estas a su vez podrán remitir a las normas nacionales de competencia internacional en los casos en que de las normas europeas no se deduzca la competencia de ninguno de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.<sup>8</sup> Los preceptos internos son por tanto aplicables de forma subsidiaria, en defecto de lo establecido en los tratados y convenios internacionales.<sup>9</sup> El supuesto objeto es un asunto controvertido vinculado con dos Estados miembros, España y Polonia. La normativa interna resulta por tanto inaplicable inicialmente. Sin embargo, es importante recordar que la legislación europea sólo fija los foros de competencia judicial internacional. La concreción del tribunal territorialmente competente se resuelve con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro competente.<sup>10</sup>

## 2. Aplicabilidad del Reglamento (UE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

10. La aplicabilidad del Reglamento Bruselas II bis al caso no ofrece duda. El ámbito de aplicación material abarca el supuesto analizado, puesto que el procedimiento versa sobre un caso de responsabilidad parental. El concepto de “responsabilidad parental” es definido de manera amplia por el Reglamento<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> Sobre la complejidad de la ordenación, *vid.* F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho Internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, vol. 3, N°1, pp. 282-289.

<sup>3</sup> Sobre el orden de aplicación de los diversos instrumentos normativos reguladores de la competencia judicial internacional en materia de protección de menores, *vid.* A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2019-2022.

<sup>4</sup> *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>5</sup> *DOCE* n°160, de 30 de junio de 2000.

Es importante destacar que el Reglamento (CE) n° 1347/2000 se ocupa de la responsabilidad parental vinculada a un proceso de separación respecto de los hijos comunes, mientras que el Reglamento 2201/2003 se aplica a la responsabilidad parental en general e incluye a todos los hijos (comunes y no comunes).

<sup>6</sup> El principio de efecto directo fue consagrado por el TJUE en la sentencia sobre el caso *Van Gend en Loos* (STJCE 5 febrero 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62); *vid.* B. DE WITTE, “Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order”, en P. CRAIG/ G. DE BÚRCA (Coord.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp.177-213.

<sup>7</sup> El principio de primacía fue establecido por el TJUE en las sentencias *Costa contra Enel* y (STJCE 15 julio 1964, *Costa C. Enel*, 6/64; STJCE 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77).

<sup>8</sup> *Vid.* art. 7.1 del reglamento Bruselas II bis 1 que prevé que “*Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado*».

<sup>9</sup> *Vid.* art. 21 LOPJ.

<sup>10</sup> AAP Barcelona 17 julio 2019 (menor con residencia en Barcelona), *Roj*: AAP B 5742/2019 ; AAP Barcelona 4 abril 2019 (menor de doble nacionalidad), *Roj*: AAP B 1963/2019.

<sup>11</sup> En tal sentido, *vid.*, entre otros, E. GALLANT, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, *Defrénois* 2004, spéc. n° 33; F. JAULT, « La notion de « responsabilité parentale » », en H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p.157 s.

Abarca todos los derechos y obligaciones del titular respecto de la persona o los bienes de un menor.<sup>12</sup> El Reglamento enumera las materias cubiertas por su ámbito de aplicación en lo que respecta a la protección de la persona. El artículo 1.1 apartado b establece que es aplicable a «las materias civiles relativas a [...] la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental»<sup>13</sup>. El Reglamento se aplica por tanto al derecho de custodia<sup>14</sup>, y más concretamente, a la modificación de las medidas provisionales solicitadas por el progenitor. El ámbito espacial y personal tampoco plantean ningún problema, puesto que se trata de analizar la competencia de los tribunales españoles en foro español respecto de una menor afectada por una modificación de medidas que tiene su residencia habitual en un Estado miembro, Polonia, y que anteriormente residió en España con sus progenitores.<sup>15</sup> Por último, desde el punto de vista de su ámbito de aplicación temporal, el Reglamento Bruselas II-bis es aplicable a todos los procedimientos incoados a partir del 1 de marzo de 2005<sup>16</sup>. Por tanto, el juzgado de primera instancia yerra al aplicar el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de Junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores<sup>17</sup>, pues en virtud de las disposiciones transitorias recogidas en el artículo 100 y del artículo 105, el Reglamento Bruselas II-ter entrará en vigor el 1 de agosto de 2022, resultando por tanto aplicable a las demandas instadas a partir de esa fecha.

### 3. La complejidad del criterio clave de residencia habitual

11. En materia de responsabilidad parental, y conforme a lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento Bruselas II bis, la autoridad competente es por norma general la del Estado de la residencia habitual del menor en el momento en que se insta la demanda ante el órgano jurisdiccional<sup>18</sup>. Así, los tribunales españoles solo serán competentes cuando quede establecido que en el momento de interposición de la demanda, el menor tenía su residencia habitual en España<sup>19</sup>. El cambio de la residencia habitual del menor a otro Estado miembro una vez interpuesta la demanda no conlleva un cambio de competencia<sup>20</sup> puesto que el Reglamento se basa en el principio de «*perpetuatio fori*». La residencia habitual del menor opera por tanto como foro de competencia internacional general, sin perjuicio de las excepciones establecidas para los casos de modificación de un derecho de visita<sup>21</sup>, de prórroga de la competencia<sup>22</sup>, de ausencia

<sup>12</sup> En virtud del artículo 2.7 RB II-bis, el término de “responsabilidad parental cubre “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor*”.

A diferencia del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y del Reglamento 1111/2019 de 25 de Junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, el Reglamento no define el concepto de menor. Procede por tanto acudir a las legislaciones de los Estados miembros para determinar los sujetos a los que se les aplica; en este sentido, *vid.* entre otros s. CORNELOUP, “Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale”, en H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op.cit.*, p. 69, spéc. p. 70. La “Guía Práctica para la aplicación del RB IIBis” extrae sin embargo del ámbito de aplicación del Reglamento las medidas adoptadas sobre menores emancipados. El concepto de menor ha sido definido por el artículo 2.6 del Reglamento 1111/2019 como persona de menos de 18 años.

<sup>13</sup> Sin embargo, el ámbito de aplicación del Reglamento también ha sido delimitado por varios pronunciamientos del TJUE (STJCE, 27 noviembre 2007, C, C-435/06; STJCE, 2 abril 2009, A, C-523/07; STJUE, 26 abril 2012, *Health Service Executive*, C-92/12; STJUE 21 octubre 2015, *Gogova*, C-215/15).

<sup>14</sup> *Vid.* Auto del TJUE 3 de octubre 2019, *Of vs. PG*, C-759/18, apdos. 48-54.

<sup>15</sup> *Vid.* art. 61. a RB II-bis.

<sup>16</sup> *Vid.* art. 69, § 1 y art. 72, § 2 RB II-bis.

<sup>17</sup> *DOUE* L 178, 2 julio 2019.

<sup>18</sup> *Vid.* artículo 8.1 RB II-bis que prevé que: «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».

<sup>19</sup> *Vid.* AAP Barcelona 16 de noviembre de 2020, *Roj*: AAP B 10309/2020.

<sup>20</sup> STJUE 15 febrero 2017, *W, V vs. X*, C-499/15, apdos 53-55.

<sup>21</sup> *Vid.* art. 9 RB II-bis.

<sup>22</sup> *Vid.* art. 12 RB II-bis.

de localización de la residencia habitual menor<sup>23</sup> o de desplazamiento ilícito del menor<sup>24</sup>. Por último, el Reglamento prevé también la posible remisión del asunto por la autoridad competente para conocer del mismo al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro cuando la primera considere que el segundo es el mejor situado para conocer del asunto y que el traslado de competencia responde al interés superior del menor<sup>25</sup>. En el presente caso, el juez excluye cualquier hipótesis de traslado o retención ilícita.

12. El criterio de la residencia habitual es un concepto jurídico indeterminado<sup>26</sup> y de difícil concreción<sup>27</sup>. Al igual que el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños y el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el Reglamento Bruselas II *bis* no define legalmente el concepto de “residencia habitual” del menor. Cabe señalar que el concepto tampoco se define en el Reglamento Bruselas II *ter*.<sup>28</sup> Esta ausencia de definición provoca, en ocasiones, una sensación de inseguridad jurídica. La precisión del criterio de residencia habitual y su localización incumbe por tanto a los tribunales nacionales. La residencia habitual ha de ser determinada por los órganos jurisdiccionales nacionales en cada caso concreto sobre la base de un conjunto de circunstancias y elementos objetivos<sup>29</sup>, y en ningún caso ser extraída de ningún Derecho nacional.

13. Tal y como evidencia la resolución analizada, la determinación de la residencia habitual del menor es una cuestión no exenta de dificultades. En ocasiones resulta complicado hallarla, en especial cuando existe un desplazamiento a otro Estado como sucede en el caso objeto de nuestra Nota. El juez de primera instancia considera que la residencia habitual de la menor se encuentra en Polonia, y que por tanto las autoridades españolas carecen de competencia, mientras que el demandante alega que ésta se halla en España, país en el que la menor estuvo empadronada previamente a la presentación de la demanda<sup>30</sup>.

14. Es importante partir de la premisa de que no solo no hay un concepto unívoco de residencia habitual por ser un concepto fáctico y no jurídico, sino que además, la definición del concepto de residencia habitual varía según el área y la normativa considerada. El concepto de residencia habitual del menor es un concepto propio del Reglamento.<sup>31</sup> Se trata así de un concepto autónomo que debe interpretarse con arreglo al contexto en el que se inserta (interpretación sistemática) y al objetivo que persigue el Reglamento (interpretación teleológica).<sup>32</sup> Esta singularidad queda especialmente reflejada en los preámbulos de los diversos reglamentos<sup>33</sup> que establecen unos criterios hermenéutico-interpretativos propios. Tal y como se

<sup>23</sup> *Vid.* art. 13 RB II-bis.

<sup>24</sup> *Vid.* art. 10 RB II-bis.

<sup>25</sup> *Vid.* art. 15 RB II-bis.

<sup>26</sup> Como establece N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “*El legislador europeo ha optado por un concepto abierto, adaptable a cada situación, que nos permite atender a la gran variedad de escenarios que se producen como consecuencia de la creciente movilidad geográfica en Europa*”. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, 2021, vol. 13, nº 2, p. 824.

<sup>27</sup> Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta*”. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, 2016, vol. 8, nº 1, p. 47.

<sup>28</sup> *Vid.*, A. BORRÁS, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas *ter*...”, *REEI*, nº38, diciembre 2019, p. 5.

<sup>29</sup> STJUE, 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdo. 44 ; STJUE 15 febrero 2017, *W, V vs. X*, C-499/15, apdo. 60.

<sup>30</sup> La demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2019 El padre aporta un certificado de empadronamiento en España de fecha 25 de noviembre de 2018. *Vid.* Fundamento de Derecho Segundo

<sup>31</sup> *Vid.*, R. CARO GANDARÁ, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental”, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, J.A. ROBLES GARZÓN, (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.161-174.

<sup>32</sup> STJUE 17 octubre 2018, *UD vs. XB*, C-393/18 PPU, apdo. 47; STJUE 28 junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 40; STJUE 9 octubre 2014, *PPU, C-M*, C-376/14, apdo. 50; STJUE 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdos. 34-35.

<sup>33</sup> Por ejemplo, el Considerando 23 del Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo indica que la residencia habitual del causante debe revelar “*un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento*”.

declara en el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II bis, el criterio de la residencia habitual del menor garantiza la protección del interés del menor y responde ciertamente al criterio de proximidad.<sup>34</sup> Las autoridades del país de la residencia habitual del menor son ciertamente las más próximas al menor y las que se encuentran en mejor situación para adoptar medidas sobre su persona.<sup>35</sup> El enfoque adoptado para la determinación del país de la residencia habitual del menor no es por tanto adecuado para la aplicación de otros reglamentos ajenos a la cuestión del interés del menor.<sup>36</sup>

15. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido fijando una serie de pautas que permiten concretar el concepto de residencia habitual del menor. La jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional es por tanto clave para resolver las dificultades interpretativas. Por vía de una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de dicho concepto, el TJUE señaló que «*la residencia es el lugar que refleja una cierta integración del menor en un entorno social y familiar*»<sup>37</sup>. La residencia habitual del menor representa así la vinculación más estrecha de un menor con el país, su centro de vida. Se trata de una “conexión social”.<sup>38</sup> Según el TJUE, la residencia habitual del menor corresponde al lugar donde radica su centro de vida al inicio del procedimiento<sup>39</sup> y se define tradicionalmente por hechos tales como la “presencia física” del menor en un Estado miembro<sup>40</sup>. Además de una estancia durante un periodo mínimo o de una cierta duración deben tenerse en cuenta otros factores cuantitativos, como la regularidad, que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional<sup>41</sup>. Pero también han de valorarse otros factores adicionales cualitativos (las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio del Estado miembro de que se trate, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de la escolarización de éste, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del mismo en dicho Estado<sup>42</sup>) que traducen una determinada integración en un entorno social y familiar. La localización concreta de la residencia habitual del menor requiere sin embargo una ponderación de los criterios, pues algunos factores revisten mayor relevancia que otros en la evaluación del conglomerado de circunstancias. Los conocimientos lingüísticos, los vínculos culturales o la nacionalidad del menor no son suficientes para garantizar la existencia de un vínculo real o de una proximidad geográfica del menor con dicho

<sup>34</sup> El Considerando 12 del RB II-Bis prevé que «[L]as normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental». En tal sentido, *Vid.* entre otros, J.J. VARA PARRA indica que los órganos de la residencia habitual del menor son las “autoridades en las que confluyen propiamente las acepciones de estabilidad del estatuto jurídico del niño y de proximidad del valor jurídico del interés superior del menor...” J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el reglamento (CE) n° 2201/2003”, *REDI*, vol LVIII, 2006, p. 803; A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, pp. 2033-2035.

<sup>35</sup> A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, p. 2033 y 2034.

<sup>36</sup> El criterio de la residencia habitual se determina de una manera distinta en el sector de protección de menores y en el ámbito del divorcio (Reglamento (UE) n°1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) o en el ámbito sucesorio, por ejemplo (Reglamento (UE) n° 650/2012 de 4 de julio de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo).

<sup>37</sup> STJUE, 22 diciembre 2010, *Mercredi*, C-497/10, apdo. 47; STJUE, 2 abril 2009, *A*, C-523/07, apdo. 38; STJUE 15 febrero 2017, *W, Vvs. X*, C-499/15, apdo. 60

<sup>38</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>39</sup> *Vid.* Auto del TJUE 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 42.

<sup>40</sup> STJUE 17 de octubre 2018, *PPU, UD vs. XB*, C-393/18, apdo. 50

<sup>41</sup> STJUE 28 de junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 41; STJUE 15 de febrero 2017, *W, Vvs. X*, C-499/15 apdos. 60-61 ; STJUE 8 de junio 2017, *PPU, OL vs. PQ*, C-111/17, apdo.43 ; *Vid.* entre otros, P. MC ELEVY « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », *Trav. Comité fr. DIP*, 2008-2010, p. 127 ; A. RICHEZ-PONS, « La notion de résidence », en H. FULCHIRON ET C. NOURISSAT (Coord.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>42</sup> STJUE, 2 abril. 2009, *A*, C-523/07, apdo. 39.

Estado.<sup>43</sup> En el caso objeto de nuestro comentario, la nacionalidad española de la menor no ha llevado a suscribir la competencia de los tribunales españoles.

**16.** Por otro lado, en el caso de menores de escasa edad y en particular en el supuesto de menores lactantes, las circunstancias que rodean a la persona o personas con las que vive, que tienen la custodia y el cuidado efectivo de él a diario -por regla general, sus padres- son de especial importancia para determinar dónde se encuentra el centro de su vida. El entorno de ese niño es esencialmente un entorno familiar, determinado por la persona o personas con las que comparte inevitablemente el ambiente social y familiar. Sin embargo, aunque el entorno familiar de un menor está determinado en gran medida por el progenitor con el que convive diariamente, el Estado de residencia del progenitor no custodio también deber ser tomado en consideración.

**17.** En el Auto objeto de comentario, la discrepancia entre la parte apelante y la Audiencia Provincial surge en gran medida con relación a la evaluación de la estabilidad de la residencia de la menor. Cabe señalar que la voluntad de la permanencia prevalece sobre la cuantificación del tiempo de la estancia.<sup>44</sup> Para acreditar dicha voluntad, la progenitora aporta un certificado de empadronamiento de fecha posterior a la demanda. Por otro lado, mediante diligencia negativa del Juzgado de Paz de la localidad practicada en el momento en que se inicia el procedimiento, queda constancia de que la madre y la menor ya no residían en España. A este respecto, cabe destacar que la inscripción en registros formales no constituye por sí sola una prueba de residencia entendida como centro de vida<sup>45</sup> y por tanto no es suficiente para demostrar la habitualidad de la residencia, pero puede ser tomada en consideración junto con otros factores.<sup>46</sup> Asimismo, la permanencia en un Estado puede ser representativa de la estrecha vinculación con el entorno social, pero tampoco es determinante en todos los casos. De hecho, el Reglamento Bruselas II bis no especifica el periodo exigido para adquirir la residencia habitual en un concreto Estado, ni tampoco excluye la posibilidad de que el menor adquiera una nueva residencia el mismo día de su llegada o poco después<sup>47</sup>. En el presente caso, los criterios cualitativos han prevalecido sobre los cuantitativos puesto que la Audiencia Provincial ha estimado que el traslado de la menor comportaba un cambio de residencia. El juez concluye que la residencia habitual de la menor se halla en Polonia, y que por tanto los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para conocer del asunto correspondiendo la misma únicamente a los órganos jurisdiccionales polacos.

#### IV. Conclusiones

**18.** La sentencia objeto de comentario permite apreciar la complejidad del sistema de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental a raíz del recurso de apelación interpuesto por el progenitor contra la resolución del Juzgado de Primera instancia que rechazaba su competencia para conocer la modificación de medidas provisionales establecidas en sentencia previa de divorcio, a pocos meses de la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II ter.

**19.** En la fundamentación jurídica en la que se basa la sentencia objeto de análisis, la selección de la normativa para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental respecto del menor aplicable se argumenta de manera correcta. El juez inicia su argumentación realizando una delimitación previa de la normativa aplicable. A tales efectos y ante la concurrencia de diversos instrumentos con origen en distintas fuentes (internacional, convencional y estatal), el juez parte de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

<sup>43</sup> STJUE 28 junio 2018, *HR*, C-512/17, apdo. 60.

<sup>44</sup> STJUE 22 diciembre 2010, PPU, *Mercredi*, C-947/10, apdo. 51

<sup>45</sup> AAP Valladolid 21 febrero 2011, *Roj*: AAP VA 165/2011. determinación de la residencia habitual de menor empadronado en España pero con centro social de vida en Francia

<sup>46</sup> A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T II, *op. cit.*, p. 2039.

<sup>47</sup> *Vid.* Guía práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, § 3.2.3.3.

**20.** El Reglamento Bruselas II bis instaura sus cimientos sobre el criterio de la residencia habitual para establecer la competencia con carácter general en materia de responsabilidad parental. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia objeto del presente trabajo ha vuelto a poner de manifiesto la dificultad que plantea la cuestión de la determinación de la residencia habitual del menor. Ante la ausencia de definición del concepto, la labor de los distintos operadores jurídicos cobra mayor protagonismo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido fundamental para determinar los elementos fácticos que debemos tener en cuenta para su concreción. Tras realizar una detenida ponderación de las circunstancias fácticas del litigio, el juez ha considerado que el traslado de la menor a otro Estado miembro comporta un cambio de residencia y que por tanto se debe litigar en el Estado de destino.