

Cambio de residencia de un menor durante el proceso
y *perpetuatio iurisdictionis*.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia
(Sala Cuarta) de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21*

Change of residence of a child during the lawsuit
and *perpetuatio iurisdictionis*.

Purpose to the CJEU Judgement
of 14th July 2022, case C-572/21

LUIS F. CARRILLO POZO

Profesor de derecho internacional privado en la Universidad de Almería

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:10.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7572

Resumen: Cuando se ponen en contacto dos formas distintas de resolver la duda de cómo afecta un cambio de residencia habitual a la competencia judicial internacional en materia de protección de menores (perpetuación de la jurisdicción en Bruselas II o transferencia de la competencia en el Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996), hay que optar, y eso es lo que hace la sentencia del TJ de 14 de julio de 2022, anclando su respuesta en motivos propios del Derecho de los tratados, y haciendo prevalecer en consecuencia la solución del Convenio.

Palabras clave: Responsabilidad parental, residencia habitual del menor, *perpetuatio iurisdictionis*.

Abstract: When two different ways of resolving the question of how a change of habitual residence affects international jurisdiction in matters of child protection (perpetuation of jurisdiction in Brussels II or transfer of jurisdiction in the 1996 Hague Convention on the Protection of Children) come into contact, it is necessary to opt, and that is what the judgment of the CJ of 14 July 2022 does, anchoring its answer in reasons specific to the law of treaties, and consequently making the Convention solution prevail.

Keywords: Parental responsibility, habitual residence of the child, *perpetuatio iurisdictionis*.

Sumario: I. El litigio y la decisión del Tribunal. II. A la búsqueda de un equilibrio entre dos principios básicos. 1. Reformulando la cuestión: ¿Dónde reside un estudiante interno en el extranjero? 2. La defensa de la estabilidad y de los compromisos internacionales. 3. Recapitulación de combinaciones. III. Un apunte final.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (Análisis del Derecho Internacional Privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación".

1. El reglamento 2201/2003 sigue vivo, y no sólo porque así lo digan las normas de Derecho transitorio. En la medida en que no hay un cambio revolucionario, y que hay artículos que han pasado tal cual al 2019/1111, no cabe duda de que una buena parte de lo que se diga respecto al primero vale para este. Por eso la sentencia que paso a comentar resulta de extraordinario interés, desde el momento en que la regla general de competencia judicial en materia de responsabilidad parental incorporada en el viejo art. 8 (tribunales de la residencia habitual del menor) es acogida sin más en el actual 7, lo mismo que la disciplina de las relaciones con otros instrumentos internacionales (con algún matiz). Siendo clara la solución en casos no patológicos, la cuestión surge empero a propósito de las consecuencias anudadas a los cambios de residencia en el curso de un proceso, y la respuesta que deba recibir desde el foro europeo (español en particular) en función del lugar de origen y de destino. No se pierda de vista que el panorama jurídico en este sector queda presidido por el foro de la residencia de los menores (realmente, un eje en torno al cual se ordena el resto), esencialmente cambiante, y la coexistencia de tres cauces de cooperación y, consiguientemente, de respuestas distintas (es decir, el modelo del reglamento, el del convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y el del sistema autónomo)¹.

I. El litigio y la decisión del Tribunal

2. Los hechos en el origen de la sentencia se resumen como sigue: Niño nacido en Suecia en 2011, que reside allí durante los primeros ocho años de su vida, junto con su madre, que ostenta su custodia de forma exclusiva. En octubre de 2019 es internado en un colegio ruso. Dos meses más tarde su padre acude a los tribunales suecos para que se le atribuyera la custodia exclusiva del niño y se fijara en el lugar de su domicilio la residencia habitual de este, o sea, en Suecia. La madre se opone alegando la falta de competencia de los órganos judiciales suecos, alegando que la residencia habitual del niño está en Rusia. En primera y segunda instancia se desestima la oposición, al entender que la residencia seguía en Suecia². La madre impugna ante el Tribunal supremo sueco la asunción de competencia, y se le solicita que acuda en demanda de interpretación prejudicial ante el TJUE para que precisara el alcance del art. 61 RBII bis³. Al mismo tiempo, advierte que -después de iniciado el procedimiento en Suecia- había acudido a los tribunales rusos con el mismo objeto, y que se habían declarado competentes.

Así las cosas, las inquietudes del TS -según las informaciones aportadas por la sentencia del TJUE- son bastante más amplias que lo literalmente recogido en la cuestión prejudicial como tal: Al tribunal sueco le preocupa conocer si el art. 8 RBII bis se aplica sólo a los casos de traslado de la residencia desde un EM a otro EM o también cuando la transferencia se produce a un Estado tercero parte del CLH 1996, así como determinar cuál es el momento en el que debe ser apreciada la residencia del menor a los efectos del art. 61. En la cuestión, en fin, desaparece esta segunda parte, y tiene el siguiente tenor: «¿Conserva un tribunal de un Estado miembro su competencia con arreglo al artículo 8, apartado 1, del [Reglamento n.º 2201/2003] si el menor al que se refiere el asunto traslada, durante la tramitación del procedimiento, su residencia ha-

¹ En el caso de los contados convenios bilaterales aplicables a esta materia (Suiza, Colombia, Uruguay, Rusia, China, Marruecos, El Salvador, Túnez, Argelia y Mauritania), al no regular la competencia directa, no se ofrece una solución -sea en el Reglamento o en el CLH- al tema controvertido, difiriendo el problema al momento de la eventual solicitud de *exequatur* de la decisión, momento en el que, evidentemente, no es forzoso controlar que la respuesta haya sido vertebrada en torno a la residencia habitual (actual o no) del menor.

² En primera instancia el tribunal concede de forma provisional la custodia al padre. Esta resolución es revocada en apelación, evidentemente por razones de fondo.

³ Recuérdese su tenor: «Relaciones con 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 de medidas de protección de los niños.

En las relaciones con 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 de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará:

a) cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;

b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio».

bitual de un Estado miembro a un tercer Estado que sea parte del Convenio de La Haya de 1996 (véase el artículo 61 del Reglamento)?». Está claro que para contestar la cuestión prejudicial no era imprescindible la referencia al art. 61, que, como norma de delimitación que es, no puede operar sino en el momento inicial del proceso, ajena por tanto a las vicisitudes posteriores objeto de la controversia.

3. El problema no es sólo como dar respuesta a las transferencias, porque lo más básico viene de la falta de definición unitaria del concepto de residencia habitual. Cuando ocurre como en el presente caso y sea el tribunal sueco sea el ruso consideran que el menor tiene su residencia en el propio territorio, en puridad no se reconoce traslado alguno, generándose dificultades en al menos tres fases claves, concatenadas: El del control de oficio de la competencia judicial, el régimen de litispendencia y el control de la competencia del juez de origen en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (si procede, en función del régimen). Baste este apunte por el momento.

4. La respuesta del TJ parte, como es habitual, de los grandes principios, argumentos desechables en su mayor parte, que escoltan a una sola razón de peso (*vid. infra*), en el tramo final de la sentencia. La resolución viene amojonada por las siguientes afirmaciones:

- a) la cuestión de la determinación de la residencia habitual compete a los órganos nacionales, y no se basa sólo en la presencia física sino en datos que hagan pensar en una vocación de continuidad (observación que parece tener en cuenta el caso concreto, en el que el niño se había transferido -aparentemente al menos- sólo por motivos escolares y se supone que durante el periodo de tiempo que dura un curso);
- b) el artículo 8.1 constituye una expresión del principio de perpetuación de la jurisdicción;
- c) la norma de competencia general puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un EM y los de un tercer Estado;
- d) el crucial considerando 33 asevera que la norma de competencia general prevista del art. 8.1 RBII bis «deja de aplicarse cuando se ha trasladado la residencia habitual de un menor, durante el procedimiento, del territorio de un Estado miembro al de un tercer Estado que es parte de dicho Convenio», y ello porque: i) el art. 61 RBII bis no se aplica exclusivamente en las relaciones entre EEMM; ii) el art. 61 no congela en el tiempo la residencia relevante, a diferencia de lo que hace el art. 8; iii) la residencia relevante es la del menor en el momento en el que el tribunal se pronuncia, no aquel en el que se somete el asunto al conocimiento del órgano; iv) el art. 61 sobre reconocimiento y ejecución va en la misma dirección; v) el art. 8.1 deja de aplicarse si se ha trasladado la residencia habitual del menor al territorio de un tercer Estado parte del CLH 1996 antes de que se haya pronunciado el órgano jurisdiccional competente de un EM; vi) todo ello es conforme con la intención del legislador de la Unión de no menoscabar las estipulaciones del Convenio, cuyo art. 5.2 anuda la competencia a la residencia habitual del menor efectiva, sin perpetuación de ningún tipo y en el que el art. 52 proclama la intangibilidad de sus disposiciones como consecuencia de acuerdos entre Estados parte.
- e) el interés del menor no queda comprometido, ya que los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del Convenio deben garantizar que ese interés sea, a tenor del cuarto considerando de dicho Convenio, una consideración primordial⁴.

El fallo, en definitiva, sanciona una interpretación del art. 8.1 RBII bis en relación con el art. 61, letra a), en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que conoce de un litigio en materia de responsabilidad parental no conserva la competencia para resolver dicho litigio con arreglo a tal norma cuando la residencia habitual del menor de que se trate ha sido trasladada legalmente, durante el procedimiento, al territorio de un tercer Estado que es parte del Convenio de La Haya de 1996.

En las páginas que siguen comentaré esos argumentos y conclusiones, que a mi juicio -salvo el inspirado en el Derecho de los tratados- pecan de huecos.

⁴ Nadie lo había discutido, es claro. El tema es otro.

II. A la búsqueda de un equilibrio entre dos principios básicos

5. ¿Estabilidad o proximidad? ¿*Perpetuatio iurisdictionis* o residencia habitual en todo caso? Es sabido que el art. 8 RBII ter congela la competencia del tribunal donde se encontrare la residencia habitual del menor en el momento de acudir al órgano jurisdiccional, expresión que puede ser entendida -coordinada con el art. 17- como primera actuación procesal (demanda o notificación), mientras que la norma del art. 5.2 CLH sanciona la transferencia de la competencia como consecuencia del cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante⁵, asumiendo que, como es evidente, lo que deba entenderse por esto último queda al albur de la definición retenida por el foro de la pretendida nueva residencia⁶. Cuando el modelo de solución es compartido por los diversos Estados envueltos, no hay duda de cuál es la respuesta; el problema surge como resultado del encuentro de modelos diferentes.

1. Reformulando la cuestión: ¿Dónde reside un estudiante interno en el extranjero?

6. El asunto no daba realmente mucho juego: A mi juicio hay un error de base en todo el planteamiento, desde el momento en que el niño no cambia de residencia a mitad del proceso, sino que había abandonado Suecia dos meses antes de la interposición de la demanda⁷. Hablar de traslado en mitad del litigio no responde a la realidad de los hechos, y como no cabe plantear cuestiones hipotéticas ante el TJ, el tema no podía estribar en las consecuencias de ese inexistente cambio de residencia, sino en saber dónde residía el menor a efectos del sistema de competencia judicial, es decir, en qué momento se adquiere una nueva residencia cuando media un traslado legal, si era residente sueco o ruso. Bastaba por tanto con reformular la cuestión⁸, y dictar un auto recogiendo la abundante jurisprudencia emanada hasta la fecha, dejando que el órgano nacional resolviera. Un auto que se remitiera, por lo demás, a la regla del art. 8, *prima facie* aplicable por mor del art. 61. Lo que se ha hecho es dar por bueno lo que no es cierto, y a partir de ahí entrar en el alcance del foro y de la *perpetuatio iurisdictionis*, convirtiendo en núcleo del debate aquella circunstancia hipotética⁹. Que se haya hecho conscientemente o no es otro tema, pero bienvenida sea la claridad. En ese panorama, en fin, afirmar que no ha sido un traslado ilegal y que es competencia del juez nacional concretar el lugar de la residencia de un menor no deja de ser superfluo.

7. Y aunque no llegara a conformar el núcleo de la sentencia, permítaseme un breve apunte sobre la determinación de la residencia habitual del menor. No era tarea del TJ concretar tal lugar para el asunto controvertido, pero sí ofrecer pautas de solución que de cara al futuro permitan afrontar grupos

⁵ El rechazo a la *perpetuatio iurisdictionis* fue frontal y consciente: así aparece tanto en el informe oficial anexo al Convenio como en el Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya elaborado por la Conferencia de La Haya en 2014.

⁶ Una perspectiva muy interesante, desde el lado de la práctica, es la que ofrece C. MARÍN PEDREÑO, "Relocation, Custody and Access under the 1996 Child Protection Convention", en VVAA, *Celebrating 25 years of the HCCH 1996 Child Protection Convention*, publicado bajo los auspicios del HCCH Permanent Bureau, The Hague Conference on Private International Law, 2021, p. 37. La solución del art. 5 es calificada como sabia, por la flexibilidad (la adquisición de la residencia habitual no depende del trascurso del tiempo sino de la evaluación de factores en el caso concreto) y la proximidad (conoce el juez más cercano al niño en cada momento).

⁷ Párrafos 13 y 14 de la sentencia.

⁸ Que el TJ puede hacerlo es diáfano: Por ejemplo, sentencia de 7 marzo 2013 (asunto C-19/12), *Efir c. Direktor na Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto»*, y las citadas en el considerando 26.

⁹ El TJ dispone de amplio margen de actuación para colaborar con el juez nacional, pudiendo ofrecer indicaciones adicionales extraídas de los autos (v. gr. sentencia de 14 julio 2011 (asunto C-464/10), *État belge c. Pierre Henfling, Raphaël Davin y Koenraad Tanghe*, y las citadas en el considerando 41), tomar en consideración normas no aducidas por el juez nacional pero igualmente pertinentes (V. gr. sentencias de 11 de julio de 1985 (asunto C-137/84), *Ministère public c. Mutsch*, de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-268/11), *Gülbahce c. Freie und Hansestadt Hamburg*, o la precitada en el asunto *Efir*), referirse a cuantas disposiciones del Derecho de la Unión precisen interpretación (así, sentencias de 5 mayo 2011, asunto C-537/09, *Barlett et a. c. Secretary of State for Work and Pensions*, la precitada en el asunto *Gülbahce*) y suministrarle todos los elementos interpretativos que puedan resultarle útiles, hayan sido o no incorporados en el enunciado de las cuestiones (v. gr., sentencia de 22 marzo 2012, asunto C-248/11, *Nilas et a.*, y las citadas en el considerando 31); pero lo que aquí se ha hecho desborda en grado sumo los márgenes de lo permitido, resolviendo un problema que no existió.

de casos. Con las debidas reservas derivadas de una información bastante parca, se puede avanzar que nuestro menor residía en Suecia, y los tribunales suecos eran competentes: a la luz de la jurisprudencia anterior -sistematizada en la importante sentencia de 1 agosto 2022¹⁰-, afirmar que se produjo un cambio es precipitado. Dicho con alcance general, cuando un niño se traslada por motivos escolares, eventualmente interno en un colegio sólo durante el periodo de tiempo que dura el curso, no es inexorable anudar a esa circunstancia la conclusión de que hay transferencia. Se precisa introducir otros elementos en la ponderación, en particular si viaja solo (¿está interno o va con algún progenitor?) y el de la duración del traslado (¿está programada para prolongarse durante un lapso amplio o es para un periodo corto?), porque un desplazamiento ocasional y sin vinculaciones (por supuesto se habla de las suyas, no las de sus padres) con el nuevo entorno no genera residencia habitual¹¹. *Mutatis mutandis*, vendría a ser como el caso de los acogimientos residenciales, respecto a los que existe jurisprudencia nacional que asevera que no existe tal alteración en la residencia, de la misma forma que tampoco el TJ estima que necesariamente se produzca en todo caso: en la sentencia HSE desliza referencias a «los menores que, si bien tienen su residencia habitual en un Estado miembro, residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro»¹².

2. La defensa de la estabilidad y de los compromisos internacionales

8. El caso es que se ha fijado una regla que elimina cualquier sombra de duda, para un problema afortunadamente poco frecuente¹³. Dando por descontado que cuando en el curso del proceso se transfiera la residencia en el seno de la EU ha de primar el principio de perpetuación de la jurisdicción (la duda del TS sueco a este respecto no tiene demasiado fundamento), se aclara que en las que se verifiquen desde un EM a un Estado tercero pero parte del CLH 1996 primarán las soluciones de este último, respuesta extensible -por idénticas razones- a los cambios desde un Estado parte del CLH 1996 a un EM. Queda a los ordenamientos nacionales la respuesta a los traslados a Estados con los que no exista instrumento de cooperación.

9. La regla de la perpetuación obedece a la lógica de prevención de fraudes (no generar el incentivo para cambiar de residencia si las perspectivas judiciales son malas, o hacerlo para frustrar los derechos del demandante, al mantener una determinada situación de hecho justificada y a la espera de una resolución que nunca llega) y de dotar de celeridad a los procedimientos (hay que evitar a toda costa la discusión sobre si se ha adquirido una nueva residencia o no, lo que implica decidir si un traslado ha sido legal o no¹⁴; igualmente, tener que reiniciar un proceso cuando está ya avanzado no cuadra con ese objetivo)¹⁵. Sobre esto no hay nada que añadir¹⁶. En la UE -lo mismo que en la LOPJ- es la orientación prevaleciente. El TJ reafirma su valor, y sólo el art. 52 CLH 1996 justifica la conclusión alcanzada. De hecho, el resto de los motivos aludidos *supra* carecen de peso real:

¹⁰ Asunto C 501/20, MPA c. LCDNMT (ECLI:EU:C:2022:619). Recuérdese que la Corte alude a tres requisitos: presencia física, continuidad, integración en un entorno social y familiar.

¹¹ Como mínimo estos casos suscitan dudas: STS de 16 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5223), que termina invocando el art. 13 RB II bis (presencia de los menores en España).

¹² STJUE de 26 abril 2012, asunto C 92/12 PPU, HSE (ECLI:EU:C:2012:255).

¹³ No deja de ser elocuente que en el comentario al art. 61 RBII bis J. PIRRUNG ni se plantea el tema controvertido. *Vid.* en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017.

¹⁴ El AAP Valencia de 25 noviembre 2021 (ECLI:ES:APV:2021:2883A) constituye un buen ejemplo de las dificultades inherentes a un traslado, cuando la discusión se envenena al desplazarse a, entre otras cosas, las dudas y suficiencia del material probatorio de su legalidad.

¹⁵ Para una explicación general, E. GAYÁN RODRÍGUEZ, “Excepciones a la aplicación de la *Perpetuatio Iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional”, en RECA, 1993, pp. 107 ss. Para el tema que nos ocupa es muy útil B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, en CDT, 2020, pp. 110-111.

¹⁶ Salvo que al tratarse de un desplazamiento en mitad del proceso, es previsible que no se haya tomado medida definitiva alguna aún. Si eventualmente fuera así, el art. 14 del Convenio tiene el mérito de garantizar el mantenimiento de las adoptadas al amparo de los arts. 5 al 10 aunque cambien las circunstancias de hecho.

- a) El argumento basado en el art. 8 RBII bis: construir el sistema a partir del valor central del foro de la residencia habitual no conduce *per se* a nada. Primeramente, porque su imperio no es absoluto -como hemos visto a propósito del art. 12 RBII bis, o puede valer para el art. 9 RBII bis (actual art. 8 RBII ter)-; en segundo lugar, porque es parcial, necesitando de su concreción temporal. Aseverar que la norma de competencia general del art. 8.1 RBII bis pueda aplicarse a litigios que impliquen *relaciones* entre los órganos jurisdiccionales de un EM y los de un tercer Estado¹⁷, como subraya el TJ, no implica nada, ni afirma ni niega *per se* la vigencia de la *prorrogatio*¹⁸, porque le falta aquella delimitación que incorpora el art. 61 (actual art. 97 RBII ter). Lo mismo se podría interpretar que este último señala cuál es el criterio relevante (la residencia habitual del menor) y aquel el momento a considerar (el del inicio del procedimiento), como también que se ha dejado imprejuizada la respuesta que haya de darse a circunstancias sobrevenidas.
- b) El argumento basado en el art. 61 RBII bis y la falta de concreción temporal en él. Dejando de lado que a propósito de esta disposición se vierten aseveraciones que no son sino una obviedad en el mejor de los casos (ejemplo de argumentación aluvional¹⁹), es verdad que no congela en el tiempo la residencia relevante, a diferencia del art. 8. Pero más bien parece que esa sea tarea propia de los criterios de competencia judicial, no de una norma sencilla que no funciona aisladamente y cuyo objetivo es delimitar regímenes jurídicos, acogiendo en bloque una solución general y distribuyendo parcelas aplicativas, y a partir de lo cual, en honor al escrupuloso respeto de la coherencia interna, se aplica uno u otro en su integridad.
- c) Claro que cualquier solución en estos temas tiene que pasar el filtro de su adecuación al interés del menor. La reflexión final de la sentencia comentada, en el sentido de que tal interés no queda comprometido porque los órganos jurisdiccionales de los Estados parte del Convenio deben garantizar que sea una consideración primordial, no merece mayor atención: la protección es fungible, cierto, se da por descontado; pero no era de eso de lo que se hablaba, sino de qué principio de ordenación cuadra mejor con tal interés y a qué se ha comprometido el legislador. Incluso más, el contenido de tal interés no tiene por qué ser igual en los países de la UE y en los Estados parte del convenio, porque en los primeros se integran componentes desconocidos en estos (piénsese en todas las audiencias previstas). Al final, la respuesta peca de falta de atención a las implicaciones procesales de la solución (las prealudidas dilaciones, los costes de traducción...)²⁰.
- d) El art. 52 CLH 1996 sí es un argumento definitivo, pero no obedece a una lógica iusprivatista ni se inspira en el interés del menor. No es tanto, como afirma la sentencia, que haya que

¹⁷ La expresión “relaciones entre órganos judiciales” es realmente desafortunada, porque las relaciones o se instauran entre individuos que deciden acudir a un concreto tribunal o se plantean en clave de cooperación, generalmente entre autoridades centrales (sin perjuicio de las relaciones directas, arts. 34 ss. CLH 1996), y desde luego no en la fase de cognición. Lo único que se puede decir es lo que con alcance general se dijo en *Owusu* y en este ámbito de materias se afirmó en la sentencia de 17 octubre 2018 (asunto C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835), o sea, que el reglamento se aplica también en asuntos en los que están implicados un tribunal de un EM y otro de un Estado tercero, pero no porque el objetivo sea «eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior derivados de las disparidades entre las legislaciones nacionales en la materia», como si tuviera algo que ver, sino porque hay que informar a los propios órganos judiciales de si tienen jurisdicción o no.

¹⁸ La palabra “relaciones” alude a un amplísimo abanico de elementos de hecho que toquen a varios Estados (por ejemplo, la residencia de los progenitores, la nacionalidad de los afectados). Sólo hay una vicisitud que no entra en el art. 8 RB II bis, que es el traslado de la residencia del menor a un Estado parte del CLH durante el procedimiento, porque esta hipótesis va a quedar excluida de esa norma.

¹⁹ Hay cosas innecesarias, como por ejemplo afirmar que no se aplica exclusivamente en las relaciones entre EEMM, o que el art. 61 sobre reconocimiento y ejecución va en la misma dirección, cuando la norma lo único que hace -sin innecesarias referencias temporales- es recordar que perviven dos modelos de eficacia transfronteriza de resoluciones, en función del Estado de procedencia. La inutilidad del argumento es evidenciada igualmente por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional”, en *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022, p. 5 de la versión *online*.

²⁰ Y por eso no se entiende la reiteración de las normas de pseudo *forum non conveniens* en el RBII ter, que tienen la virtud de desactivar cualquier crítica a las soluciones que desde esta vertiente se hagan al art. 5.2 CLH 1996. En este sentido, la solución que se proponía de mantenimiento a ultranza de la competencia y corrección mediante transferencia *ex arts. 8 y 9 CLH* peca a mi juicio de farragosa. *Vid.* O. BOBRZYŃSKA, “Brussels II ter Regulation and the 1996 Hague Convention on Child Protection. The interplay of the European and Hague regimes in the matters of parental responsibility”, en *Polski Proces Cywilny*, 2021, p. 600.

poner en valor la intención del legislador de la UE de no menoscabar las estipulaciones del Convenio (como si tuviera el poder de decidir unilateralmente si menoscabar o no el Convenio), sino que es tan simple como echar mano del Derecho de los tratados (art. 30 del convenio de Viena de 1969). El apartado 2 del art. 52 CLH (probablemente superfluo), dictado en contemplación de los trabajos de lo que sería el Convenio Bruselas II -cuya elaboración discurrió en paralelo a los trabajos de la Conferencia de La Haya²¹-, admite que los Estados parte pueden concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas en el Convenio, respecto a niños residentes en uno de los Estados participantes en tales acuerdos, dejando claro el 3 que éstos no pueden afectar a la aplicación de las disposiciones convencionales en las relaciones de esos Estados y los demás Estados contratantes. En este sentido, el informe Lagarde expresa el temor a que la utilización en el instrumento regional de foros de competencia judicial distintos a los convencionales pudiera llegar a convertirse en causa para una negativa a dotar de eficacia en el territorio de un EM a resoluciones procedentes de un Estado parte del CLH (*ex art. 23.2.a*)²². Por consiguiente, no es posible alterar el juego del art. 5 CLH tal y como fue pactado en su momento²³.

10. Permítaseme sólo dos acotaciones, reconocidamente estériles ante lo inexorable: a) Es cuestionable que la solución convencional sea la más beneficiosa para los menores, que conscientemente ha sido descartada por el legislador europeo frente a quienes postulaban una alineación, ponderando que en esta época los objetivos de proximidad mínima razonable se pueden alcanzar por medios telemáticos²⁴. Para aquel, la estabilidad judicial es un principio esencial. El cambio de jurisdicción no es sólo fuente de dilaciones y de costes, como se apuntaba *supra*, sino que implica un cambio de ley aplicable (art. 15 CLH) y debería desembocar en la pérdida de la competencia para cuestiones conexas como los alimentos, si el foro usado es el del art. 3.d del reglamento 4/2009; b) El art. 52 CLH tuvo pleno sentido cuando fue negociado, cuando se estaba elaborando el Convenio Bruselas II, tan restringido en cuanto a su ámbito material de aplicación que se podía presumir que las interferencias y fricciones con el de La Haya iban a ser nimias²⁵. Bruselas era esencialmente un convenio sobre crisis matrimoniales²⁶. Pero desde el momento en que el reglamento se expande y se solapa con el convenio de 1996, es imprescindible replantearse su alcance, para reconducirlo a los fines perseguidos, o sea, no frustrar el régimen de reconocimiento y eje-

²¹ A. BORRÁS, “Comentario al art. 8”, en MAGNUS/MANKOWSKI (eds.), *European commentaries...*, *op. cit.*, p. 115. No obstante, cuando se redacta esa norma el tipo de instrumento regional que se tiene en mente es de alcance material muy limitado, el primitivo Convenio Bruselas II: muy bien narrado en O. BOBRZYŃSKA, “Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, pp. 596-597.

²² *Vid.* p.73. Por supuesto la observación es predicable para los Estados parte, que al amparo de ese mismo art. 23 CLH pueden rechazar el *exequatur* de las resoluciones procedentes de un EM emanadas por un tribunal adherido a la *perpetuatio iurisdictionis*.

²³ Otra cosa distinta es que mientras no se disponga de una definición compartida de residencia habitual el régimen del *exequatur* va a seguir pendiendo de los conceptos nacionales y por tanto la efectividad sigue comprometida. No es menos cierto que en este tema no hay solución: en 2018 la Oficina permanente de la Conferencia elaboró una Nota sobre la residencia habitual y el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: Ninguna conclusión concreta, salvo la necesidad de no confundir con la nacionalidad y hacer una ponderación de factores en presencia, entre los que se incluyen algunos razonables (los motivos de la estancia en un lugar, dónde se trabaja, la duración, los lazos de todo tipo) y otros expresamente rechazados por el TJUE como las intenciones de las partes. Igualmente, coincide con el TJUE en el sentido de que cuanto menor sea el niño más dependerá de sus padres la determinación de su residencia habitual.

²⁴ Por ejemplo, T. KRUGER/L. SAMYN, “Brussels II bis: Successes and Suggested Improvements”, en *JPIL*, 2016, p. 153; V. LAZIĆ y otros, *Recommendations To Improve the Rules on Jurisdiction and on the Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and Matters of Parental Responsibility in the European Union*, 2018, p. 9.

²⁵ *Cfr.* P. MCELEAVY, “The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and Disconnection”, p. en VVAA, *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 372. Igualmente véase H. VAN LOON, “Allegro sostenuto con Brio, or: Alegría Borrás’ Twenty-five Years of Dedicated Work at the Hague Conference”, en J. FORNER DELAYGUA y otros (eds.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 582-583.

²⁶ *Cfr.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012

cución de resoluciones, asegurándolos sea cual sea el foro de competencia utilizado por el juez de origen. De otro modo, tiene el efecto de comprometer la eficacia del tan mentado principio esencial.

3. Recapitulación de combinaciones

11. A partir de la doctrina del TJ se puede ofrecer una respuesta a las diversas hipótesis de desplazamiento de la residencia habitual del menor. Expuestas de forma telegráfica, y a salvo ulteriores matices²⁷:

- a. Desde un EM a otro EM: La menos problemática, prevista en el art. 8 RBII bis sobre la base de la idea de perpetuación de la jurisdicción²⁸.
- b. Desde un EM a un Estado parte en el CLH: es lo que resuelve la sentencia comentada, afirmando el desplazamiento de la competencia²⁹.
- c. Desde un Estado parte en el CLH a un EM: partiendo de que el TJ no ha resuelto esta situación y de que no se puede trasladar sin más la respuesta de la sentencia comentada, con las debidas cautelas cabe augurar que por mor del art. 52 CLH 1996 el tribunal que estuviera conociendo aplicará la solución del art. 5 CLH y dejará de conocer, conforme a su sistema procesal interno, y el tribunal del EM de la nueva residencia tendría que aceptar la propia competencia si se interpusiera una demanda.
- d. Desde un Estado parte del CLH a otro Estado parte en el CLH: en aplicación del art. 5.2 se dejará de tener competencia automáticamente, que será asumida por el juez de la nueva residencia.
- e. Desde un Estado ajeno a los instrumentos de colaboración a España. Teniendo en cuenta que los jueces de ese otro Estado han asumido competencia y se ha iniciado un procedimiento (recuérdese que si no es así no surge el problema) y que nuestros tribunales pasan a ser competentes para conocer de una acción sobre responsabilidad parental, podría darse una de estas dos situaciones: a) que los tribunales de ese otro Estado se inhiban tan pronto se les comunique el traslado: no existe óbice procesal alguno para que los órganos españoles entren -llegado el caso- a conocer del asunto; b) que apliquen la regla de la *perpetuatio*: en España se puede conocer del litigio, mas desembocamos en una situación de litispendencia del art. 39 LCJI.
- f. Desde España a un Estado ajeno a los instrumentos de colaboración. Desde el momento que el tribunal español se ha declarado competente *ex art. 7 RBII ter (8 RBII bis)*, y en ausencia de compromiso internacional alguno que abogue por otra respuesta, no queda más que estar a la idea de perpetuación sancionada en esas normas³⁰. Es indiferente cual sea la decisión que adopte el tribunal del Estado de destino, y por supuesto habrá que asumir el riesgo de que puedan generarse situaciones de litispendencia, sin solución desde nuestro foro (es inviable que se abstenga sólo porque otro tribunal esté conociendo o porque la resolución patria carecerá de efectividad).

12. La mera constatación de que un niño tiene una nueva residencia en sí misma no es importante para nuestros tribunales, que tiene transcendencia sólo cuando se manifiesta en alguna de las siguientes actuaciones, situaciones o fases:

²⁷ Recuérdese lo apuntado más arriba sobre convenios bilaterales, que no conforman un grupo autónomo de casos.

²⁸ Es la situación en la base de la STS de 17 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:532): Desplazamiento desde España a Francia de la madre con los hijos. Ni se cuestiona la competencia de los tribunales españoles.

²⁹ Ya antes la *Cour de Cassation* en sentencia de 30 septiembre 2020 había llegado a la misma solución que el TJUE, en un caso de un niño que en el curso de un proceso de divorcio se transfirió desde Francia a Suiza. Mientras que en primera instancia y en apelación se mantiene la competencia del foro francés, en casación el tribunal no se funda en norma alguna sino que se apoya en la legalidad del traslado y en la realidad de cuál es el lugar en el que vive el menor para llegar a la conclusión contraria.

³⁰ En las situaciones cubiertas por los convenios bilaterales se aplican las normas de competencia del RBIIbis/ter sin más matices: *Cfr. M. CELIS*, "Case C-572/21: The Court of Justice of the EU on the interrelationship between the Brussels II bis Regulation and the 1996 Child Protection Convention. The perpetuatio fori principle", en <https://conflictoflaws.net/2022/case-c-572-21-the-court-of-justice-of-the-eu-on-the-interrelationship-between-the-brussels-ii-bis-regulation-and-the-1996-child-protection-convention-the-perpetuatio-fori-principle/> (entrada de 26 de julio de 2022).

- a. Para controlar la competencia del tribunal español: sabemos que en la hipótesis a), el tribunal controla su competencia *in limine litis*, y cualquier vicisitud posterior no altera la conclusión, en honor a la regla de la *prorrogatio iurisdictionis*. Un cambio de residencia del menor no implica pérdida de competencia. Por tanto, no sería posible que las partes instaran su inhibición alegando el traslado (art. 751 LEC), cabiendo sólo instar la remisión del caso *ex* art. 12 RBII ter (15 RBII bis)³¹. Por contra, en la b) y en la d), si los jueces españoles son los que estaban conociendo del caso, y no existiendo dudas sobre el Estado en el que vive el menor³², la respuesta viene dada por el art. 36.2.2º LEC (abstención de conocer en base a la competencia exclusiva de los órganos judiciales extranjeros atribuida por convenio internacional), bastando un escrito dirigido al tribunal español -en cualquier momento- para que se inhiba (art. 38 LEC)³³. Si cuadra o no esta pura abstención con el interés del menor -con el consiguiente riesgo de incertidumbre en cuanto a su situación jurídica- es otra historia³⁴. Va de suyo, por lo demás, que si se trata de la hipótesis c) y España es el país de destino de la transferencia de domicilio, la identificación de cuáles sean los actos a realizar en origen escapa a la esfera de poder de nuestros tribunales, sometidos como están a la normativa procesal de ese Estado. En la lógica del CLH encaja que un tribunal del Estado parte haya de abstenerse de conocer tan pronto conozca que ha dejado de ser el de la residencia del niño, lo que abogaría -en un caso como el descrito- por imponer a los órganos españoles la carga de informar al que estuviera conociendo del litigio de las nuevas circunstancias, en cuanto tengan conocimiento de ellas (lo cual es improbable si no es porque las partes colaboran o -normalmente- porque se presenta una nueva demanda en España). El cauce bien puede ser el recurso a la asistencia de la autoridad central, todo ello al amparo del art. 30 CLH 1996^{35, 36}.

Dicho lo anterior, reténgase que:

- i. Va de suyo que si el art. 38 LEC prevé la audiencia a las partes y al ministerio público es porque el juez español no tiene por qué aceptar mecánicamente las conclusiones a las que ha llegado un juez extranjero sobre residencia habitual del menor, de forma que si del material probatorio no se deduce la realidad de la pretendida transferencia no debería dejar de conocer (la confianza recíproca no se extiende hasta este extremo fuera del espacio integrado³⁷; téngase en cuenta que el art. 25 CLH³⁸ se ubica entre las normas sobre reconocimiento y ejecución).

³¹ La vía del art. 13 choca con la dificultad de que estaríamos hablando de presentar la solicitud de transferencia ante los tribunales de la residencia habitual del menor, que es justo lo que no prevé su apartado primero.

³² Si el objeto del litigio fuera específicamente la determinación de la residencia habitual, puede darse o que subsista la controversia -y en ese caso hay que resolver- o que se disipen las dudas, supuesto de terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto.

³³ Si el cambio de residencia se produce después de recaída sentencia y estando pendiente el correspondiente recurso, lo que ocurre es que decae (a salvo la eventual discusión sobre si ha existido o no traslado).

³⁴ Las comunicaciones por medio de la autoridad central pueden ser útiles, pero al final la defensa más vigorosa del niño puede toparse con la imposibilidad de los progenitores de reinstaurar el proceso, y ese interés queda al albur de que el ministerio fiscal tenga legitimación activa (recuérdese que en España no es el caso).

³⁵ El informe oficial (p. 61) no prevé este tipo de cooperación, limitándola a la relativa a informar sobre la legislación y a los servicios disponibles. No obstante, nada en el tenor del art. 30 las excluye. Al fin y al cabo, lo que está en juego es el reconocimiento y ejecución de las decisiones.

³⁶ Los cauces diseñados en los arts. 8 y 9 CLH 1996 para la transferencia del conocimiento del caso no valen en esta situación, porque el punto de partida es que la residencia habitual del menor sea indiscutida y no cambie. En el RBII bis/ter (arts. 15/12-13 respectivamente), como es sabido, al asumirse una solución diferente, sería una posibilidad de comunicación abierta a los tribunales nacionales.

³⁷ Siendo un criterio no jurídico sino puramente fáctico, y a diferencia del domicilio, no hace falta referirse al Derecho del foro o a cualquier otro para verificar si se ha atribuido o no la residencia habitual. El juez no tiene otra vinculación -a la hora de apreciarla- que el material probatorio obrante en autos.

³⁸ Recuérdese: «La autoridad del Estado requerido está vinculada por las constataciones de hecho sobre las que la autoridad del Estado que ha adoptado la medida haya fundado su competencia».

- ii. En la lógica cuasi automática del sistema español, el auto por el que se decreta el archivo debería imponer las costas al demandante, mas no tiene sentido que se siga esta consecuencia de una actuación que no se corresponde con las que típicamente generan tal imposición, en la medida en que no se ha desconocido derecho subjetivo ajeno alguno, tratándose de hechos que escapan a la voluntad del actor³⁹.
 - iii. Siendo la lógica subyacente a la pérdida de competencia el papel preponderante del foro de la residencia habitual del menor, ello debe implicar que, iniciado un proceso en un EM de la residencia, el traslado a un Estado parte del CLH no comporta pérdida de la competencia mientras que en éste no se adquiera una nueva residencia; por supuesto que tampoco podrían los órganos judiciales de estos últimos conocer de una demanda en base al art. 6 del Convenio (foro de la presencia) mientras retenga una residencia habitual: es claro que desde el momento en que un tribunal considere que el menor tiene residencia en su territorio, y no existiendo otra, adquiere lo que *a priori* puede calificarse como competencia exclusiva.
 - iv. La misma solución amparada por la sentencia vale para la hipótesis de sucesivas presencias en diversos Estados, sin residencia habitual en ninguno de ellos: los diversos lugares de estancia del niño van determinando el tribunal competente. La única forma de alcanzar algo de estabilidad sería, en ambos instrumentos, el mecanismo remisorio.
 - v. Justamente en atención al valor de principio de la residencia habitual, la solución que da el TJ vale cuando se esté conociendo en base al foro principal, no cuando se asume competencia en base a otro criterio.
- b. Un traslado de residencia provoca los conflictos más graves sólo cuando se generan situaciones de litispendencia: al fin y al cabo, en condiciones normales una mera transferencia que no venga seguida de la instauración de un nuevo procedimiento en el segundo Estado no da lugar a discrepancias en cuanto a tribunal competente ni hace dudar sobre eficacia futura de las resoluciones⁴⁰. En estas circunstancias, conviene recordar que la sentencia comentada no se emana en un caso de procedimientos en paralelo, ni se preocupa por esa eventualidad, limitándose exclusivamente al sistema de competencia judicial. En consecuencia, no se puede deducir de ella ninguna orientación específica, y sólo queda aplicar las reglas generales en la materia. En puridad (salvo matices, *infra*), riesgo de litispendencia existe exclusivamente en las hipótesis a), e) y f), porque, por definición, se trata de una situación que se produce cuando hay dos tribunales simultánea y potencialmente competentes. O dicho de otra forma, no existirá si uno de ellos no está en condiciones de conocer de un asunto porque carece de competencia, aunque sea por circunstancias sobrevenidas. Sólo donde esté vigente la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* y no exista coordinación entre jurisdicciones podrían continuar los procedimientos y desarrollarse dos en paralelo, nunca donde lo que cuadre sea la inhibición. En consecuencia:
- i. en un entorno cooperativo como el de la UE, el art. 20 RBII ter zanja cualquier problema que eventualmente pueda surgir, dando preferencia a la prioridad temporal sin posible discusión en torno a los méritos de una u otra jurisdicción para conocer de una demanda. O sea, no es posible que ningún tribunal se arrogue competencia mientras el primer foro siga considerándose competente.
 - ii. en la situación c) la regla de la prioridad temporal no entra en juego (hablo siempre de situaciones de traslado), por mucho que el art. 97 RBII ter sancione la aplicabilidad de la regla del art. 13 CLH cuando el primer tribunal que conoce sea de un Estado parte del

³⁹ Otra es la respuesta cuando se está discutiendo en cuanto a la residencia habitual y existe controversia entre las partes. De otra parte, es claro que un demandado puede cambiar la residencia para frustrar las expectativas del actor, pero esa estrategia o encuentra acomodo entre las sancionables *ex art.* 11.2 LOPJ.

⁴⁰ Por descontado que no es razonable pensar que, si se ha iniciado un proceso en un Estado y luego hay un cambio de residencia, las partes vayan a limitarse a solicitar la inhibición del tribunal. Lo normal es que subsista el interés en el objeto del litigio y se desee obtener una resolución, en un foro o en otro.

- CLH y el segundo de un EM⁴¹: ese primer tribunal deja de ser competente desde el instante en que no es ya el de la residencia del menor⁴². Igualmente, en la hipótesis planteada en la sentencia, que no es la del mentado art. 13 CLH, se pierde la competencia, y por lo tanto tampoco puede producirse litispendencia.
- iii. permítaseme insistir en que cuando no exista instrumento pactado de coordinación (e y f), el tribunal español puede conocer en base a la nueva residencia de un menor sin perjuicio de que otro tribunal siga haciéndolo, y a salvo el art. 39 LCJI, de la misma forma que no va a dejar de tener competencia por el hecho de un traslado al extranjero (art. 22 *octies* LOPJ), sin prejuzgar lo que en otras jurisdicciones se pueda hacer.
 - iv. lo dicho hasta aquí vale para supuestos de residencia habitual no controvertida, pero cabe el caso patológico en el que un tribunal no reconozca que el menor ha adquirido otra residencia en el extranjero y por lo tanto deseche la idea de dejar de conocer. Teóricamente el art. 13 CLH podría dar una respuesta, mas la abstención de conocer se basa en el previo escrutinio sobre la competencia de la primera autoridad que esté conociendo, y, no contando con un concepto compartido de residencia habitual, nada impide asumir el conocimiento de la causa en base al art. 5 CLH. Será arduo, pues, ofrecer una solución preventiva, de modo que la respuesta vendrá en la eventual fase de reconocimiento y ejecución.
- c. Bastará un breve apunte en cuanto al tercer punto enunciado más arriba. Un traslado de residencia del menor no altera *per se* la eficacia de la (única) resolución que se dicte, si los tribunales han respetado las normas sobre competencia judicial. El problema surge cuando aquella vicisitud no ha sido reconocida en el foro (consecuencia del manejo de diversos conceptos de residencia habitual) o cuando, aun reconocida, no se le da relevancia. Todo ello, en fin, desemboca en la emanación de resoluciones inconciliables. En estas circunstancias no hay alternativa a la primacía a la decisión del foro o a la posterior⁴³ de otro Estado (el de residencia del niño), siempre que satisfaga los estándares mínimos de orden público y derechos procesales (arts. 23 CLH 1996, 23 RBII bis, 38 y 50 RBII ter). El mero hecho de que se esté desarrollando un procedimiento en el foro no es óbice para reconocer y ejecutar decisiones extranjeras con el mismo objeto (a salvo el art. 46.1.f LCJI y algunos convenios bilaterales⁴⁴), sólo que dejarán de producir efectos en cuanto sea dictada la propia. Me interesa en todo caso evidenciar tres detalles:
- i. es sabido que en el espacio europeo los errores en punto a identificación de los hechos que fundan el criterio de competencia no son causa de no reconocimiento⁴⁵. Ni siquiera los jueces del Estado de verdadera residencia de un menor pueden escudarse es ellos, y solo la instauración de un nuevo procedimiento (y la obtención de una nueva resolución) servirá para excluir la eficacia de la equivocada⁴⁶.

⁴¹ Adviértase, por otra parte, que la traducción española del art. 97.2.c es sumamente deficiente, porque hablar de "...en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio..." no deja claro que se piensa en situaciones de primacía temporal del juez que está aplicando el CLH, describiendo un panorama incomprensible. Las versiones francesa, inglesa o italiana, por ejemplo, sí recogen bien ese aspecto.

⁴² El RBII bis no preveía expresamente nada en el art. 61, y el art. 52 CLH tampoco despejaba las dudas, porque el art. 13 del Convenio parte de la base de que dos tribunales sean simultáneamente competentes de acuerdo con las disposiciones convencionales, y en nuestro caso uno de ellos estaría siguiendo las reglas del reglamento.

⁴³ Recuérdese que la LCJI, escasamente adaptada a las específicas necesidades del Derecho de familia, se ancla en la preeminencia de la resolución anterior procedente de un tercer Estado (art. 46).

⁴⁴ En concreto, y prescindiendo de matices, Uruguay (ver art. 8), Rusia (art. 18), China (art. 22), Marruecos (art. 23), Túnez (art. 17), Argelia (art. 16) y Mauritania (art. 16).

⁴⁵ STJ de 16 enero 2019, asunto C-386/17, Liberato c. Grigorescu (ECLI:EU:C:2019:24).

Sería imaginable acudir al art. 11 LOPJ para excluir la viabilidad de la excepción basada en la existencia de una resolución extranjera, aduciendo que el traslado se ha realizado con ánimo fraudulento, mas las dificultades probatorias se antojan insuperables.

⁴⁶ En el espacio de la CLH, sin embargo, *vid.* art. 23.2.a.

- ii. cuando, antes de dictar una resolución definitiva, el tribunal hubiera adoptado una medida provisional o cautelar en tanto que tribunal de la residencia habitual del menor, y seguidamente pierde la competencia para conocer del fondo del asunto, llegaremos a una situación chocante, la de unas medidas que, habiendo nacido con vocación extraterritorial y expansiva, quedan rebajadas en cuanto a su eficacia territorial, confinadas al espacio en el que hayan de ejecutarse (o simplemente extinguidas si el tribunal no es el de situación del niño ni de los bienes): el desplazamiento de la competencia es global y obliga a realizar un reajuste.
- iii. una resolución sobre responsabilidad parental lleva aparejada ejecución si en el ordenamiento de origen es un título ejecutivo, y ello comporta la imperativa realización de todos los actos necesarios para alcanzar ese carácter. Esto es obvio, sea cual sea el instrumento usado. Pues bien, las decisiones españolas deben ser firmes (o sea, han tenido que ser notificadas⁴⁷) para ser ejecutables, pero a partir de ese momento no es necesario hacer nada más ni esperar tiempo alguno. En consecuencia, el traslado de residencia posterior no equivale a tribunal incompetente ni el efectuado en los veinte días posteriores a la firmeza de la resolución merma el carácter ejecutivo de la decisión (art. 548 LEC)⁴⁸.

III. Un apunte final

13. No se pierda de vista que la respuesta del TJ sólo consagra la pérdida de competencia de un tribunal cuando el menor se traslada desde un EM a uno parte del CLH 1996. Su solución queda restringida a esta hipótesis, sin posible extrapolación a movimientos en otra dirección ni a la utilización de criterios de competencia diferentes a la residencia habitual.

14. Afortunadamente no es muy frecuente que un menor cambie de residencia en mitad de un proceso, porque las consecuencias derivadas de tal vicisitud rompen los esquemas asumidos de preferencia por la estabilidad de la afirmación de la competencia (o sea, la *perpetuatio iurisdictionis*). Es el inexorable resultado de la proyección del Derecho de los tratados sobre los modelos de regulación yuxtapuestos e inspirados en principios contrapuestos. Parece claro que el art. 52 CLH 1996 no deja excesivo margen de interpretación, y que el TJ no podía afirmar otra cosa que lo que ha afirmado, mas no deja de ser cierto que el esquema de convivencia del RBII ter y el CLH se diseña en un momento en el que el proyectado Convenio Bruselas II no se parecía mucho al reglamento vigente. Es a mi juicio una situación indeseable, pero de la que a día de hoy no se puede escapar.

⁴⁷ Aunque el art. 55 RBII ter permita que una resolución no haya sido notificada al ejecutado, no es concebible que en el formulario el juez español declare que es ejecutiva si no se ha procedido a hacerlo.

⁴⁸ Si se admite que esta norma es aplicable, lo que es dudoso visto el tenor del art. 774 LEC, poco proclive a los tiempos muertos en este tema.