

Concreción de la conexión “residencia habitual”
en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado
o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003.
Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022,
asunto C-644/20, W. J.*

Concretion of the connection “habitual residence”
in the maintenance obligations Hague Protocol in the event
of a wrongful removal or retention according
to Regulation (EC) 2201/2003. Clarification proposed by the
CJEU of May 12, 2022, case C-644/20, W. J.

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido:14.11.2022 / Aceptado:28.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7574

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que el concepto de residencia habitual del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos no tiene por qué verse afectado por lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, en el marco de un traslado ilícito de unos menores por su madre desde Reino Unido a Polonia, Estado en el que solicitan y obtienen una pensión alimenticia conforme al Derecho polaco, aplicando el artículo 3 del Protocolo.

Palabras clave: Obligación de alimentos, residencia habitual, sustracción internacional de menores, Derecho internacional privado europeo de familia.

Abstract: The Court of Justice of the European Union clarifies that the concept of habitual residence of the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations does not have to be affected by article 10 of Regulation (EC) 2201/2003, in the framework of an illegal transfer of minors by their mother from the United Kingdom to Poland, a State in which they request and obtain alimony in accordance with Polish law, applying Article 3 of the Protocol.

Keywords: Maintenance obligation, habitual residence, *Child Abduction*, European Private International Family Law.

Sumario: I. Contexto II. Hechos y cuestión prejudicial III. Desarrollo jurídico y fallo IV. Valoración.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

I. Contexto

1. Quien se acerque por primera vez al análisis del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) de origen europeo podría ingenuamente pensar que se trata de un sistema, con reglas de coordinación y coexistencia de sus textos claramente predeterminadas. Sin embargo, a poco que se explore en ellas, afloran carencias que denotan que en realidad no estamos ante un verdadero sistema, si por tal entendemos el “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”¹. No es sólo que tengamos diferentes textos normativos para regular cada institución de Derecho privado, y ni siquiera en lo referido al Derecho de familia exista un único texto que regule las cuestiones relacionadas con las crisis familiares, sino que, en ocasiones, tenemos que aplicar normas elaboradas por organizaciones internacionales, como la Conferencia de La Haya de DIPr., que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico europeo a través de la técnica de la incorporación por referencia, como sucede, por ejemplo, con el *Protocolo de La Haya de 2007, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias*² (en adelante, Protocolo de La Haya), al que remite el artículo 15 del *Reglamento (CE) 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*³. Es por ello por lo que, en ocasiones, es preciso aclarar si los conceptos utilizados en cada texto son comunes, o si deben interpretarse aisladamente, conforme a los principios que inspiran e informan cada norma.

2. En la sentencia que comentamos⁴, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) debía aclarar si el concepto de la residencia habitual del menor que se utiliza en el Protocolo de La Haya sobre alimentos puede interpretarse con carácter independiente del *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, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000*⁵, ya derogado y sustituido por 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*⁶, que ha comenzado a aplicarse el 1 de agosto de 2022. Y debe hacerlo en el marco de un traslado de dos menores de Reino Unido a Polonia, Estado en que solicitan alimentos, representados por su madre; traslado que solo un mes después de este pronunciamiento fue declarado ilícito durante la apelación.

¹ Aceptación primera, Diccionario de la Real Academia española de la Lengua.

² Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias [*DOUE* núm. 331, de 16 de diciembre de 2009].

³ *DOUE* núm. 7, de 10 de enero de 2009.

⁴ STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W. J. [ECLI:EU:C:2022:371]. *Vid.* comunicado de prensa con resumen en <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-05/cp220083en.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2022. Han analizado o referenciado también esta sentencia, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias (1). Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20: W. J.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, 2022; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Momento en el que debe apreciarse la residencia habitual del acreedor alimenticio a efectos de determinar la ley aplicable a una pensión (STJ 4ª 12 mayo 2022, as. C.644/20: W.J.)”, entrada de 12 de mayo de 2022 en <https://fernandezrozas.com/2022/05/12/momento-en-el-que-debe-apreciarse-la-residencia-habitual-del-creedor-alimenticio-a-efectos-de-determinar-la-ley-aplicable-a-una-pension-stj-4a-12-mayo-2022-as-c-644-20-w-j/>, consultado el 10 de noviembre de 2022; K. PACULA, “CJEU on acquisition of new habitual residence under the 2007 Hague Protocol subsequently to a wrongful removal, case W.J., C-644/20”, entrada de 13 de mayo de 2022, accesible en <https://conflictoflaws.net/2022/cjeu-on-acquisition-of-new-habitual-residence-under-the-2007-hague-protocol-subsequently-to-a-wrongful-removal-case-w-j-c-644-20/>, consultado el 9 de noviembre de 2022; L. Serena Rossi, “Momento en el que debe apreciarse la residencia habitual del acreedor alimenticio a efectos de determinar la ley aplicable a una pensión TJ, Sala Cuarta, S 12 May. 2022. Asunto C-644/20: W.J.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, 2022; A. Wysocka-Bar, “Habitual Residence of a Child Under the Hague Protocol on Maintenance”, *The European Association of Private International Law (EAPIL)*, entrada de 19 de mayo de 2022, accesible en <https://eapil.org/2022/05/19/the-court-of-justice-on-habitual-residence-of-a-child-under-hague-protocol/>, consultado el 10 de noviembre de 2022.

⁵ *DOUE* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁶ *DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019.

3. Conviene aclarar, con carácter previo, que el TJUE es competente para interpretar el Protocolo de La Haya⁷, puesto que éste forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, desde el momento en que la entonces Comunidad Europea se adhirió al mismo⁸. La interpretación que aporta el TJUE vincula únicamente a los Estados miembros de la Unión Europea y es razonable plantearse si esto puede conllevar una interpretación/aplicación diferente, según si se trata de un Estado miembro de la Unión Europea, cuya interpretación unifica el TJUE o de un tercer Estado⁹, en que se carece de tribunal u organismo que interprete con carácter vinculante el Protocolo y, en todo caso, es posible preguntarse también si la interpretación que lleve a cabo el TJUE la pueden tener en cuenta el resto de Estados parte del mismo¹⁰. Por otro lado, también es preciso reseñar que aunque el Reino Unido no era parte (ni es) del Protocolo, el carácter universal del mismo podía hacer que se aplicara incluso la ley de un Estado no vinculado por él (art. 2 Protocolo).

II. Hechos y cuestión prejudicial

4. En concreto, los hechos sobre los que debe pronunciarse el TJUE fueron los siguientes. Una pareja formada por nacionales polacos había residido desde 2012 en el Reino Unido, lugar en que nacieron sus dos hijos, menores de edad cuando surge el conflicto. Aunque no es determinante para el desarrollo de los acontecimientos, se especifica que ambos menores ostentaban las nacionalidades polaca y británica.

5. La madre de los menores viaja a Polonia con sus hijos, desde donde informa al padre de los niños de su intención de establecer su residencia con ellos en este país, a lo que el padre se opone. Es por ello por lo que, al amparo del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en su incorporación realizada en el Reglamento (CE) 2201/2003, presenta una demanda de restitución de los menores, ante la Autoridad Central británica.

6. Un tiempo después, los menores, representados por su madre, presentan ante el Tribunal de Distrito de Piła, Polonia, una reclamación de pensión alimenticia mensual a W. J., padre de los niños, que se personó en el proceso sin proponer una excepción de incompetencia. En abril de 2019, este órgano jurisdiccional condena al padre a abonar a cada uno de los menores una pensión alimenticia mensual y lo hace conforme a la legislación polaca, según lo establecido por el Protocolo de La Haya (art. 3), puesto que la ley de la residencia habitual de los menores, aplicable al caso, conducía a la ley polaca.

7. Un mes después de esta resolución, el Tribunal Regional de Polonia que conocía en apelación del recurso contra la resolución que no había ordenado la restitución de los menores a Reino Unido, estima el recurso y ordena la restitución, calificando de ilícita la retención de los niños en Polonia, considerando que no existía un grave riesgo de que su restitución los expusiera a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera los pusiera en una situación intolerable, en el sentido del artículo 13, apartado 1, letra b), del Convenio de La Haya de 1980.

8. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la ley polaca, en la que se basó el Tribunal de Distrito de Piła para dictar su sentencia, sólo puede aplicarse en el supuesto de que los menores, pese a su retención ilícita en Polonia y a la resolución judicial por la que se ordena su res-

⁷ Vid. f.j. 58 de la sentencia que comentamos.

⁸ Esta incorporación se llevó a cabo, como apuntamos, a través de la Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009. Vid. sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-214/17, Mölk, [EU:C:2018:744], apartado 23 y jurisprudencia allí citada.

⁹ En estos momentos, forman parte del Protocolo, además de los Estados miembros de la Unión Europea, Brasil, Ecuador, Kazajistán, Serbia y Ucrania. Vid. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=133>, consultado el 9 de noviembre de 2022.

¹⁰ Vid. K. PACULA, “CJEU on acquisition of new habitual residence...”, *loc. cit.*; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores...”, *loc. cit.*, pp. 6-7.

titución al Reino Unido, hayan adquirido, tras su llegada en 2017, la residencia habitual en Polonia, lo que justificaría que la ley aplicable se determinase con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Protocolo de La Haya, puesto que, según el órgano jurisdiccional remitente, los demás criterios de conexión a la legislación polaca quedan excluidos.

9. Por ello, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta disposición no debe interpretarse a la luz del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, que se opone, en principio, a que la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental se transfiera al Estado miembro en el que el menor tenga su nueva residencia habitual, en caso de traslado o de retención ilícitos de ese menor en ese Estado miembro. Y es que si se admitiera que los menores no pueden adquirir una nueva residencia habitual en el Estado en el que están retenidos ilícitamente, la ley aplicable a la obligación alimenticia, controvertida en el litigio principal, sería, con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Protocolo de La Haya, la ley del Reino Unido, puesto que es la ley del Estado en el que estos menores han mantenido su residencia habitual.

10. Las dudas afloran en la medida en que, a diferencia del Reglamento (CE) 2201/2003, ni el Reglamento (CE) 4/2009 ni el Protocolo de La Haya contienen normas específicas que determinen los vínculos entre, por un lado, la residencia habitual y, por otro, respectivamente, la competencia judicial internacional en materia de obligaciones alimenticias y la ley aplicable en esta materia, cuando el acreedor de alimentos es un menor retenido ilícitamente en un Estado miembro. Esta apreciación, considera el órgano jurisdiccional remitente, puede llevar a la conclusión de que, en virtud del artículo 3, apartado segundo del Protocolo de La Haya, la retención ilícita de un menor en el territorio de un Estado miembro no tiene incidencia alguna en la adquisición por ese menor de su residencia habitual en ese Estado miembro, de modo que la ley de dicho Estado miembro puede, como ley de la nueva residencia habitual, resultar aplicable a la obligación alimenticia desde el momento en que se produce tal cambio de residencia.

11. Teniendo todo ello en cuenta, el Tribunal Regional de Poznan formula la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, del Protocolo de La Haya en el sentido de que un menor acreedor de alimentos puede adquirir una nueva residencia habitual en un Estado en el que está retenido ilícitamente, cuando un órgano jurisdiccional ha ordenado su restitución al Estado en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita?».

III. Desarrollo jurídico y fallo

12. Son comprensibles y están manifiestamente justificadas las dudas formuladas por el órgano jurisdiccional polaco remitente. Pretende que se le despeje el camino para desligar por completo el Protocolo de La Haya del Reglamento (CE) 2201/2003, y amparar así lo ya actuado en materia de alimentos, pues, recordemos que los órganos jurisdiccionales polacos habían aplicado la ley polaca como ley de la residencia habitual de los menores para resolver esta petición, o bien, por el contrario, que se le aclare si, como cabría deducir si estuviéramos ante un verdadero sistema, lo calificado como residencia habitual conforme al Reglamento de responsabilidad parental parece que debiera también extenderse a las otras cuestiones relacionadas con el caso. A la postre, se trata de despejar, si para resolver la petición de alimentos para los menores debe aplicarse la ley polaca, en tanto residencia fáctica de los menores en el momento del proceso o la ley inglesa, en tanto residencia considerada legal a los efectos del Reglamento (CE) 2201/2003.

13. Repárese que no se discute si el tribunal polaco tenía o no competencia para conocer de los alimentos, puesto que cuando conoce de los alimentos, no se había declarado que el traslado a Polonia había sido ilícito. Es posible preguntarse qué habría pasado en el caso de que el procedimiento se hubiera iniciado con posterioridad a la declaración de ilicitud del traslado. En este sentido, en el Auto del

TJUE de 10 de abril de 2018, asunto C-85/18 PPU, CV y DU¹¹, en que se discute precisamente sobre si es posible que el Estado al que ha sido trasladado ilícitamente un menor puede conocer de una petición de alimentos, se precisa que no tienen competencia porque se trataría de una competencia accesoria a la responsabilidad parental en virtud del artículo 3 d) del Reglamento (CE) 4/2009, por lo que si no tienen competencia para conocer de la responsabilidad parental tampoco la tendrían para conocer de la accesoria de alimentos. Pero en el caso que comentamos, el demandado ha comparecido sin interponer declinatoria, por lo que en virtud del artículo 5, los tribunales polacos podrían haber tenido competencia, de manera independiente de lo que establezca el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003. Y parece que en este sentido se inclinaría el TJUE, pues en el auto citado sostiene: “[e]n este sentido, en la medida en que, como resulta del apartado 53 del presente auto, los órganos jurisdiccionales rumanos no son competentes, con arreglo al artículo 10 del Reglamento 2201/2003, para conocer de una demanda relativa a la responsabilidad parental respecto al menor de que se trata en el procedimiento principal, dichos órganos jurisdiccionales tampoco serán competentes para resolver sobre la demanda relativa a la pensión alimenticia con arreglo al artículo 3, letra d), del Reglamento 4/2009. **Además, no se desprende de los autos a disposición del Tribunal de Justicia que tales órganos jurisdiccionales puedan ser no obstante, por otro motivo, competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en virtud del Reglamento 4/2009**”. El subrayado parece dejar abierta la posibilidad que comentamos.

14. Pero, como decimos, en la presente sentencia no se valora la cuestión de la competencia judicial internacional, sino únicamente el concepto de residencia habitual del acreedor de alimentos a los efectos de concreción del derecho aplicable en el Protocolo de La Haya. En este sentido, se hace especial hincapié en lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 3 del Protocolo que indica que en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor de alimentos, la ley del Estado de la nueva residencia habitual se aplica a partir del momento en que se produce el cambio. La cuestión por despejar es si es posible tener en cuenta ese cambio, si dicho cambio ha justificado un traslado calificado como ilícito. Y ello nos lleva a la necesaria interpretación del concepto de “residencia habitual” del acreedor de alimentos en el sentido del artículo 3 del Protocolo de La Haya, así como a la comprobación de que el carácter ilícito de la retención de ese acreedor en el territorio de un Estado miembro no impide, en principio, el cambio de su residencia habitual al territorio de ese Estado.

15. Igual que sucede en todos los Reglamentos europeos que regulan las distintas cuestiones de Derecho de familia internacional, tampoco el Protocolo define qué se ha de entender por residencia habitual, en este caso, del acreedor de alimentos, ni tampoco se realiza una remisión expresa a los derechos de los Estados parte del Protocolo para su concreción. La cuestión es que este Protocolo forma parte del bagaje jurídico de la Unión y, en consecuencia, al menos para los Estados miembros de la Unión Europea, debería ser interpretado con carácter uniforme¹². No obstante, parece necesario prestar atención a lo señalado en el Informe Explicativo sobre el Protocolo de La Haya, elaborado por el profesor Andrea Bonomi¹³. Así, en el punto 42 especifica que el adjetivo “habitual” permite deducir que la residencia debe presentar un grado suficiente de estabilidad, lo que excluye una presencia temporal u ocasional, e implica que “una simple residencia de carácter temporal no es suficiente para determinar la ley aplicable a la obligación alimenticia”.

16. La justificación para elegir esta conexión como regla general se halla en la necesidad de garantizar la previsibilidad de la ley aplicable, asegurando que la ley designada tenga un vínculo suficiente con la situación familiar de que se trate, en el entendimiento de que la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos resulta ser, en principio, la que presenta el vínculo más estrecho con la situación del acreedor

¹¹ ECLI:EU:C:2018:220

¹² *Vid.* f.j. 62.

¹³ Accesible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>, consultado el 8 de noviembre de 2022.

y la más adecuada para regular los problemas concretos con que éste se pueda encontrar¹⁴. Además, como indica el apartado 37 del Informe del Protocolo, la principal ventaja que esta conexión presenta es la de determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las “*condiciones jurídicas y el ámbito social del país donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades*”. En efecto, en la medida en que, como subraya el mismo punto de dicho Informe, el acreedor utiliza la obligación alimenticia para vivir, es preciso “*apreciar el problema concreto que se plantea con respecto a una sociedad determinada, a saber, la del lugar en que el demandante de los alimentos vive y va a vivir*”¹⁵.

17. Considerando todo ello, parece indubitado que el Protocolo opta por un concepto fáctico de residencia habitual del acreedor de alimentos, entendiendo que ese lugar estará donde tenga su centro habitual de vida, teniendo en cuenta su entorno familiar y social. Y en este sentido, le corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar dónde está su residencia habitual en virtud de las circunstancias de hecho que concurran en el caso¹⁶. Matiza, además, el TJUE que esta interpretación, la posibilidad de preservar el vínculo de conexión del acreedor de alimentos con el lugar en que efectivamente reside, permite, cuando se trate de determinar los alimentos para un menor, tomar plenamente en consideración su interés superior, ya que posibilita al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar los recursos que este necesita teniendo en cuenta su contexto familiar y social en el que ha de desenvolverse de forma habitual¹⁷.

18. Siendo esto así, apunta el TJUE que sería contrario al objetivo del artículo 3, apartado segundo del Protocolo de La Haya, así como a la toma en consideración del interés superior del menor, considerar que la existencia de una resolución judicial de un Estado miembro que declara el carácter ilícito del traslado o de la retención de un menor y que ordena la restitución de ese menor a uno de sus progenitores residente en otro Estado impide, en principio, considerar que dicho menor reside habitualmente en el territorio de ese Estado miembro a efectos de la determinación de la ley aplicable a su derecho de alimentos¹⁸.

19. Y no entiende el TJUE, puesto que los textos no lo explicitan, que el artículo 3 del Protocolo de La Haya deba interpretarse a la luz o deba inspirarse en las disposiciones del artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003, disposiciones que neutralizan la transferencia de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental al Estado miembro en el que el menor tenga su nueva residencia habitual a raíz de su traslado o retención ilícitos, en beneficio del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ese traslado o retención ilícitos¹⁹. Apuntalando, además, esta interpretación en el sostenido de que, como ha indicado en otras resoluciones, el artículo 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 es una norma de interpretación estricta, por lo que no permite una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en dicho Reglamento²⁰.

20. Considera el TJUE que de todo ello se deduce que para concretar la conexión de la residencia habitual del acreedor de alimentos del artículo 3 del Protocolo de La Haya, en el caso de que haya habido un traslado, haya sido este calificado como ilícito o no habrán que tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurran en el caso, y valorar si la presencia del menor en el Estado al que ha sido trasladado reviste un grado suficiente de estabilidad, teniendo en cuenta su integración en el entorno familiar y social²¹.

¹⁴ Vid. f. j. 64. En el mismo sentido, las sentencias TJUE de 7 de junio de 2018, C83/17, KP [EU:C:2018:408], apartados 41 a 43, y de 20 de septiembre de 2018, C214/17, Mõlk [EU:C:2018:744], apartado 28.

¹⁵ Vid. f. j. 65.

¹⁶ Vid. f. j. 67.

¹⁷ Vid. f. j. 69.

¹⁸ Vid. f. j. 70.

¹⁹ Vid. f. j. 71.

²⁰ Vid., por ejemplo, la sentencia TJUE de 24 de marzo de 2021, C603/20 PPU, MCP, [EU:C:2021:231], apartados 45 y 47 y jurisprudencia allí citada.

²¹ Vid. f. j. 73.

21. En consecuencia, el fallo del TJUE es el siguiente: “[e]l artículo 3 del Protocolo de La Haya debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la determinación de la ley aplicable a la reclamación alimenticia de un menor trasladado por uno de sus progenitores al territorio de un Estado miembro, el hecho de que un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro haya ordenado, en el marco de un procedimiento distinto, la restitución de ese menor al Estado en el que residía habitualmente con sus progenitores inmediatamente antes de su traslado, no basta para impedir que ese menor pueda adquirir la residencia habitual en el territorio de ese Estado miembro”.

IV. Valoración

22. Algunas veces la interpretación mejor es la más simple. Parece que esto es lo que ha pensado y hecho el TJUE. Ante textos normativos diferentes, no cabe entablar relación y es preciso interpretarlos como si fueran islas en ese universo complejo que es a día de hoy el DIPr. de familia de origen europeo. La cuestión es que, aunque sea esta la solución más simple, es posible preguntarse si es la mejor.

23. Porque el órgano jurisdiccional polaco, cuando eleva su consulta al TJUE, en realidad lo que manifiesta es perplejidad, puesto que aunque de alguna manera parece que intuye lo que iba a responder el TJUE, se muestra en cierto modo preocupado por la aparente incoherencia que existe entre las normas que deben dar respuesta a cuestiones estrechamente relacionadas. A la postre, con independencia de que no podía ser otra la respuesta, lo que hay tras esta pregunta es una llamada de atención para lograr o empezar a conformar un verdadero sistema entre las normas de DIPr. europeo de familia.

24. El concepto de residencia habitual que contempla el Reglamento (CE) 2201/2003, ahora Reglamento (UE) 2019/1111, no es en puridad un concepto fáctico²². Y no lo es en la medida en que se establece que es el titular del derecho de custodia el que puede decidir el lugar de residencia del menor (art. 2.9), que, además, si ha quedado limitado por sentencia judicial, deberá contar con la autorización pertinente. Así que la residencia habitual del menor no se adquiere de forma automática por su traslado a un Estado y la intención del progenitor de permanecer en él, sino en la medida en que este traslado haya sido lícito²³. Por ello, tiene sentido lo preguntado por el órgano jurisdiccional polaco, en la medida en que parece obvio que ambos textos tendrían que estar relacionados, aunque en puridad no lo estén. De ahí que aunque el traslado haya sido declarado ilícito, y conforme al Reglamento (CE) 2201/2003, la competencia judicial internacional se retenga en el Estado donde residía habitualmente el niño antes del traslado, en materia alimenticia las reglas son otras, y aunque no se define el concepto de residencia, en el Informe Bonomi no se hace referencia al concepto de licitud para entenderla.

25. La incoherencia entre textos se aprecia en la medida en que ya en materia de competencia judicial internacional se ha manifestado por el TJUE que los dos Reglamentos europeos sobre responsabilidad parental y alimentos sólo se relacionan en la medida en que sea aplicable un artículo que afecte a las competencias accesorias. Es decir, solo si hubiera que decidir sobre responsabilidad parental y de forma accesoria conocer sobre alimentos y se hubiera declarado ilícito el traslado, la autoridad del Estado miembro al que ha sido trasladado el menor no podría conocer de ambas cuestiones. Si se entablara

²² Y en este sentido, no comparto la opinión de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado o retención ilícitos de menores...”, *loc. cit.*, p. 5, cuando sostiene: “en ningún momento se ha puesto en tela de juicio la posibilidad de que un menor ilícitamente desplazado o retenido pueda adquirir una nueva residencia habitual. La residencia habitual es una cuestión de hecho y las normas pueden establecer las consecuencias de su existencia o de su cambio, pero, hasta ahora, no determinar si se puede o no cambiar... En materia de competencia judicial internacional, el traslado o retención ilícitos no implica la imposibilidad de adquisición de una nueva residencia habitual, sino que dicha adquisición no lleva necesariamente el cambio de órgano judicial competente en materia de responsabilidad parental”.

²³ A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 75.

como acción principal los alimentos y hubiera, como en el presente caso, sumisión tácita, ese tribunal dispondría de aptitud legal para conocer. Y si esto, que es el presupuesto de todo el procedimiento es posible, la determinación de la ley aplicable a los alimentos no deja de ser una cuestión menor. Obviamente que se podrá aplicar la ley de la nueva residencia habitual, interpretada como concepto propio de un texto que ha sido elaborado para satisfacer las necesidades del acreedor, y al ser elaborado por una instancia extraeuropea ni se ha planteado que pudiera sostenerse sobre la base de un traslado ilícito.

26. El TJUE en este caso lo que hace es remitir la concreción de si ese traslado realmente implica nueva residencia habitual a los tribunales que deban conocer de la pretensión, indicándoles que es perfectamente posible la esquizofrenia, consciente de que la carencia de sistema provoca que, mientras un tribunal de ese Estado haya dictado una orden de restitución del menor por considerar que el traslado a ese Estado ha sido ilícito, otro puede tener que aplicar ley de la considerada por otro como no residencia. Pero, en todo caso, el TJUE legitima al órgano jurisdiccional que está conociendo sobre los alimentos para que sea él el que valore e integre en el conjunto de circunstancias que concurren en el caso la declaración de ilicitud de la retención a la hora de concretar la nueva ley de la residencia habitual.

La respuesta reviste lógica en el actual contexto. La cuestión es si esa lógica es la que debe persistir en el futuro o hay que apostar por una interconexión real de textos normativos que explicita que realmente nos encontramos ante un verdadero sistema.