

Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-ter

International Divorce and Habitual Residence of the Spouses. Article 3 of the Brussels II-Ter Regulation

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1282-6638

Recibido: 25.09.2024 / Aceptado: 11.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8912

Resumen: Este artículo analiza uno de los foros más relevantes en materia matrimonial recogidos en el art. 3 RB II-ter, donde se contemplan siete foros distintos de competencia judicial internacional aplicables a los litigios internacionales de separación, nulidad y divorcio. En concreto, el estudio se centra en el foro de la residencia habitual de los cónyuges y las consecuencias que se derivan de su aplicación en España. De este modo, cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España, la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en procesos de divorcio se rige, siempre, por el Reglamento Bruselas II-ter y nunca por la LOPJ, sea cual sea la nacionalidad de los cónyuges.

Palabras clave: Reglamento Bruselas II-ter, foros de competencia judicial internacional, residencia habitual de los cónyuges.

Abstract: This article analyzes one of the most relevant heads of international jurisdiction in the field of matrimonial matters included in art. 3 Brussels II-ter. This legal provision covers seven different grounds of international jurisdiction applicable with regard to legal separation, annulment of marriage and divorce. Specifically, the study focuses on the habitual residence of the spouses at the time the action is brought and its application in Spain. Hence, when both spouses have their habitual residence in Spain at that time, the determination of the international jurisdiction of the Spanish courts in divorce proceedings is always governed by the Brussels II-ter Regulation and never by the Spanish private international law, irrespective of the nationality of the spouses.

Keywords: Brussels II-ter Regulation, grounds of international jurisdiction in divorce proceedings, habitual residence of spouses.

Sumario: I. Introducción. II. Caracteres de los foros de competencia en materia matrimonial. III. Competencia internacional y residencia habitual de los cónyuges en el momento de presenta-

ción de la demanda. 1. Irrelevancia de la nacionalidad de los cónyuges. 2. Concepto de “residencia habitual”. 3. Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges. 4. El momento relevante para apreciar la residencia habitual de los cónyuges. 5. La necesaria prueba de la residencia habitual. 6. *Favor divortii* y prohibición de elegir el tribunal competente para conocer del divorcio.

I. Introducción

1. Es un honor poder contribuir al homenaje escrito dedicado al profesor doctor D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, maestro entre maestros, *primus inter pares*. Persona de gran generosidad intelectual y académica, Alfonso Calvo ha cultivado todos los sectores del Derecho internacional privado y del Derecho económico internacional con éxito indiscutido e impacto indiscutible. Sus contribuciones académicas y científicas han alcanzado cotas muy relevantes y señeras en la doctrina española y europea. Es constantemente citado por doctrina de todos los rincones del mundo y sus estudios, siempre rigurosos y profundos, han hecho reflexionar a distintas generaciones de juristas desde la segunda mitad de los años setenta del pasado siglo hasta el presente. La doctrina de Derecho internacional privado está y estará siempre en deuda con las contribuciones de Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Entre sus preocupaciones intelectuales siempre han destacado las relativas al papel de las conexiones “nacionalidad” y “residencia habitual” en sectores del Derecho internacional privado tales como las sucesiones internacionales y el divorcio transfronterizo, y tanto en el nivel de la Ley aplicable como en correspondiente a la competencia internacional de autoridades. Hoy, aquí, de modo muy breve y modesto, a modo de humilde tributo, se analizan algunos perfiles del foro de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de presentar la demanda de divorcio en el marco, en el contexto y en el escenario del vigente Reglamento Bruselas III-ter y al hilo de la jurisprudencia europea y española sobre el art. 3 de dicho Reglamento¹.

II. Caracteres de los foros de competencia en materia matrimonial en el Reglamento Bruselas II-ter

2. La piedra angular, auténtica clave de bóveda del entero sistema de competencia internacional en relación con los litigios de divorcio, separación legal y nulidad matrimonial, escribe G. JOHN, es el art. 3 RB II-ter². Este precepto recoge siete foros distintos de competencia judicial internacional aplicables a los litigios internacionales de separación, nulidad y divorcio³. Se trata de foros alternativos de compe-

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa), de APEDIP (asociación de profesores y expertos de Derecho internacional privado) (www.apedip.org) y del Grupo Accursio de investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: Javier Carrascosa.

² G. JOHN, “Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 1”, *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 70-79; Id., “Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 2”, *GPR*, 15, 3, 2018, pp. 136-142.

³ Para una correcta comprensión e intelección del art. 3 RB II-ter, sigue siendo esencial la consulta del Informe oficial del Convenio 28 mayo 1998 (redactado por la profesora A. BORRÁS) en DOCE C 221 de 16 julio 1998. La bibliografía sobre este Reglamento y sobre su art. 3 es inabarcable. *Vid.*, con ulteriores referencias, entre otros muchos, P. ABARCA JUNCO, “El Convenio Europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2000, pp. 271 ss.; B. ANCEL / H. MUIR-WATT, “La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*”, *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457; M. ANDRAE, “Antrag auf Scheidung der Ehe bei einem Scharia-Gericht im Libanon und in Deutschland (zu OLG Hamm, 6.1.2017, II-3 UF 106/16, unten S. 263, Nr. 20)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 243-248; A. BALTHASAR-WACH, “Die Neufassung der Brüssel IIA-VO: Übersicht wesentlicher Änderungen von der Brüssel IIA-VO zur Brüssel IIB-VO”, *ZfRV*, 63, 1, 2022, pp. 20-30; A. ERNOUX, “Divorce international: questions de compétence”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 7-34; P. BEAUMONT/K. TRIMMINGS, “Court of Justice of the European Union’s case law on family law matters under Brussels IIA and maintenance”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border*

tencia judicial internacional. Ello significa que basta con que concurra uno de tales los foros, para que los tribunales del Estado miembro ante el que se ha presentado la demanda de separación, nulidad del matrimonio o divorcio, se declaren competentes. Así lo indica la jurisprudencia del TJUE (STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [nacional italiano y nacional alemana casados en Dublín y divorcio en Austria], FD 25; Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 27; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind*; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* y STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*) y la española, que es abrumadoramente abundante al respecto (*vid.* por todas, SAP Barcelona 15 noviembre 2022 [cónyuges brasileños]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Zaragoza 10 junio 2022 [matrimonio celebrado en Cuba]; AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU]; AAP

litigation in Europe, Oxford, Hart, 2017, pp. 711-739; C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199; A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *Revue critique de droit international privé* 2017-4, pp. 511-534; F. CALVO BABÍO, “Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro? Y, ¿qué pasa con los diplomáticos? (STJUE de 1 de agosto de 2022)”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2023-1, vol. 15, pp. 915-923; C. CAMPIGLIO, “Conflitti positivi e negativi di giurisdizione in materia matrimoniale (Positive and Negative Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Matters)”, *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 497-532; C. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 242-249; B. CAMPUZANO DÍAZ, “La aplicación del Reglamento 2201/2003 por el Tribunal Supremo: Respuestas a cuestiones problemáticas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 269-292; L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 673-683; M. CASADO ABARQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intra-comunitarias: a propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2021-2, vol. 13, pp. 704-713; E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; A. DAVÍ/A. ZANOBETTI, “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 3, 2019, pp. 749-764; A. DURÁN AYAGO, “¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-2, vol. 14, pp. 1069-1074; A. FONT I SEGURA, “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial: Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de febrero de 2022, Asunto C- 522/20, OE y VY”, *La Ley Unión Europea*, n° 103, 2022; S. FULLI-LEMAIRE, «Retour sur la résidence habituelle des époux au sens du Règlement « Bruxelles II bis » - Civ. Ire, 30 nov. 2022, n° 21-15.988», *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 427-435; E. GALLANT, “Nota a la STJUE 29 noviembre 2007, *López*, asunto C-68/07”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 343-356; L. GARCÍA-ÁLVAREZ, «La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2023-1, vol. 15, pp. 356-384; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9-206; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «What's New in Regulation (EU) No 2019/1111?», *Yearbook of Private International Law XXI (2020/2021)*, pp. 95-132; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Choice of court and residual jurisdiction in divorce: a plea for reform that is not expected any time soon?”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 701-713; M.A. LUPOI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022; P. MAESTRE CASAS, “Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 290-304; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (EDS.), *Brussels IIbis Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017; L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 657-672; L.A. PÉREZ MARTÍN, «Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 422-443; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 468-474; M.J. SÁNCHEZ CANO, “Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de noviembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 792-800; F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Alcance de la competencia residual en materia matrimonial. Análisis crítico de la reciente interpretación del TJUE en su Sentencia C-501/20», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2023-1, núm. 45; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial: resultados en el contexto actual», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, núm. 19-20, pp. 301-325.

Valencia 12 noviembre 2020 [residencia habitual de menores en Francia])⁴. En particular, una reconstrucción hermenéutica de la jurisprudencia del TJUE, como la llevada a término por B. RENTSCH, permite extraer algunas conclusiones positivas y otras con perfiles críticos sobre el criterio “residencia habitual” de los cónyuges como foro de competencia internacional⁵. Y todo ello en el entendimiento de que el Derecho procesal civil internacional constituye el primer peldaño de la Justicia en Derecho internacional privado, como ha dejado escrito P. MANKOWSKI⁶. En esta línea, este precepto es el centro de gravedad de todo el sistema de competencia internacional en relación con el divorcio transfronterizo⁷.

3. Estos foros recogidos en el art. 3 RB II-ter son aplicables también, enfatizan M. PIKA / M.-P. WELLER, a los divorcios privados, si bien, y ante la falta de jurisprudencia relevante al respecto, la cuestión no es pacífica en la doctrina⁸. Porque si son divorcios “privados”, esto es, que se producen sin que intervenga autoridad pública o privada alguna, no existe “autoridad”, y si no hay autoridad que interviene para dictar el divorcio, más complicado será que deban aplicarse criterios o foros para fijar la competencia internacional de la autoridad.

4. Resulta totalmente irrelevante que otros tribunales de otros Estados miembros puedan también tener a su favor alguno de los foros de competencia internacional recogidos en el art. 3 RB II-ter (AAP Lleida 30 noviembre 2017 [divorcio y tribunales rumanos])⁹. Si el foro concurre a favor de los tribunales de un Estado miembro, tales tribunales se declararán competentes.

5. La razón de la alternatividad de estos foros es fácil de comprender. Según expone M.J. CASTELLANOS RUIZ, se trata de ofrecer, al mismo tiempo, diversos foros de competencia judicial internacional para, de ese modo, brindar una respuesta adaptada a la movilidad internacional de las personas¹⁰. Al mismo tiempo, está siempre presente la garantía de que cada foro responde a un vínculo real entre el supuesto de divorcio y el Estado miembro cuyos tribunales resultan competentes, como hace notar M.-P. WELLER¹¹. Este importante dato valorativo, -la residencia habitual al servicio de la libre circulación de personas-, ha sido también destacado por cierta jurisprudencia española que merece ser citada (SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos])¹². De este modo, como ha subrayado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el demandante de divorcio dispone de una muy amplia carta, permanente y siempre activa, de foros de competencia internacional para iniciar un proceso de divorcio. Es el *favor divortiii* en el sector de la competencia internacional de las autoridades para dictar una resolución de

⁴ STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [ECLI:EU:C:2022:87]; Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816]; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez vs. Miguel Enrique López Lizazo* [ECLI:EU:C:2007:740]; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) vs. Csilla Marta Mesko* [ECLI:EU:C:2009:474]; STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Edyta Mikołajczyk vs. M.L. Louise Czarnecka, S. Czarnecki* [ECLI:EU:C:2016:772]; SAP Barcelona 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APB:2022:12347]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Zaragoza 10 junio 2022 [ECLI:ES:APZ:2022:1302]; AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; AAP Valencia 12 noviembre 2020 [ECLI:ES:APV:2020:3271A].

⁵ B. RENTSCH, “Präzedenzfall versus Machterhalt: eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 273-302.

⁶ P. MANKOWSKI, “Über den Standort des internationalen Zivilprozessrechts: zwischen internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht”, *RabelsZ*, 82, 3, 2018, pp. 576-617.

⁷ E. CASTELLANOS RUIZ (dir.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter. 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*, Tirant lo Blanch, Colección Derecho Internacional, 2023, *passim*.

⁸ M. PIKA / M.-P. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 65-72.

⁹ AAP Lleida 30 noviembre 2017 [ECLI:ES:APL:2017:740A].

¹⁰ M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 217-247.

¹¹ M.-P. WELLER, “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014-3, pp. 225-233.

¹² SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

divorcio¹³. Ello demuestra, una vez más, si es que es necesario subrayarlo todavía en la tercera década del siglo XXI, que el Derecho internacional privado no responde a una „lógica formal de conexiones“, sino a los valores materiales de la sociedad actual, escribe M. LEHMANN¹⁴. El *favor divortii* conquista el mundo, el divorcismo ha ganado la batalla en todo el mundo y muy especialmente, en la Unión Europea. En esta línea, el Derecho internacional privado ha hecho mucho más por la libertad personal de los cónyuges que el Derecho internacional público, fenómeno que, como ha demostrado el fascinante estudio de R. MICHAELS, puede extenderse a todos los derechos humanos aunque el derecho al divorcio no pueda contarse entre los “derechos humanos” protegidos por textos legales internacionales y por las constituciones nacionales¹⁵. Los derechos humanos son realmente implementados, en situaciones con elementos extranjeros, por el Derecho internacional privado, que ha hecho mucho por su respeto y promoción en el escenario legal actual.

6. Estos foros otorgan competencia judicial internacional, exclusivamente, a los tribunales estatales competentes en su conjunto. La precisión del concreto tribunal territorialmente competente debe hacerse con arreglo al Derecho procesal de cada Estado miembro (AAP Madrid 13 marzo 2006)¹⁶. Estos foros sólo se aplican, recuerda R. MAGNUS, en casos con elementos extranjeros y no en supuestos meramente nacionales de divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio¹⁷.

7. Por otro lado, son foros cuya aplicación y concurrencia debe ser siempre controlada de oficio. Ello significa que el juez del Estado miembro ante el que se presenta la demanda de divorcio, separación o nulidad, debe controlar de oficio su competencia (AAP Barcelona 7 junio 2000)¹⁸. Debe verificar, en todo caso, si dispone de tal competencia¹⁹.

Si dicho juez comprueba que, con arreglo al Reglamento Bruselas II-ter, carece de competencia y ésta corresponde a tribunales de otro Estado miembro en virtud del Reglamento Bruselas II-ter, se declarará *de oficio* incompetente (art. 18 RB II-ter) (AAP Valencia 24 enero 2024 [cónyuges sin domicilio en España]; SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia])²⁰.

También deberá el juez declararse de oficio incompetente en el caso de que compruebe que no es internacionalmente competente con arreglo a los foros del Reglamento Bruselas II-ter ni con arreglo, en su caso, a sus normas de producción interna, incluso aunque no sea competente otro tribunal de otro Estado miembro, como bien puntualiza R. CARO GÁNDARA (AAP Alicante 11 octubre 2023 [competencia internacional y medidas provisionales para divorcio y menores en Albania])²¹.

Por otro lado, si concurre uno de los foros recogidos en el art. 3 RB II-ter, entonces “*el tribunal no puede abstenerse de conocer por falta de competencia internacional aunque las partes no hayan alcanzado un acuerdo a este respecto*”. Es decir, está obligado a conocer del litigio (Auto TJUE 3 oc-

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo“, *Actualidad Civil*, n.2, febrero 2023, pp. 1-70 (ISSN: 0213-7100).

¹⁴ M. LEHMANN, “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

¹⁵ R. MICHAELS, “The right to have private rights”, *University of Toronto Law Journal*, 74, 5, 2024, pp. 128-150. En sentido similar, también, F. JIZENG, “The Relative Universality of Human Rights: Theory and Practice”, *Human Rights*, n. 2, March 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2593957>).

¹⁶ AAP Madrid 13 marzo 2006 [CENDOJ 28079370222006200065] [ECLI:ES:APM:2006:2530A].

¹⁷ R. MAGNUS, “Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht”, *ZEuP*, 26, 3, 2018, pp. 507-540.

¹⁸ AAP Barcelona 7 junio 2000 [CENDOJ 08019370182000200060].

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Artículo 3: Competencia general“, en *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter. 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*, (dir. Esperanza Castellanos Ruiz y coord: Castellanos Ruiz, María José), Tirant lo Blanch, Colección Derecho Internacional, 2023, pp. 165-186.

²⁰ AAP Valencia 24 enero 2024 [ECLI:ES:APV:2024:125A]; SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

²¹ R. CARO GÁNDARA, “La naturaleza mutable de los foros de competencia del R.1347/2000 en materia matrimonial y su incidencia en el control de oficio de la competencia”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AE-PDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 189-194; R. CARO GÁNDARA, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”, *diario La Ley*, nº 7641 (31 de mayo de 2011). *Vid.* AAP Alicante 11 octubre 2023 [ECLI:ES:APA:2023:667A].

tubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30-37)²². El Reglamento Bruselas II-ter no recoge la sumisión de las partes como un foro de competencia internacional en los litigios de divorcio. Este aspecto tiene su explicación pero resulta llamativo, como ha subrayado H. RÖSLER, que los cónyuges puedan seleccionar la ley aplicable a su divorcio, pero no el tribunal que debe dictarlo²³.

8. El alcance de estos foros se circunscribe a la disolución / relajación / nulidad del vínculo matrimonial. Son foros que otorgan competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro pero sólo a los efectos de declarar la separación, la nulidad y el divorcio, y no a otros efectos (SAP Cantabria 13 junio 2008 [divorcio entre peruanos]; AAP Barcelona 17 febrero 2009 [divorcio entre españoles])²⁴.

Los foros recogidos en el art. 3 RB II-ter no se aplican para determinar la competencia del tribunal para adoptar medidas de responsabilidad parental. Por ello, un juez español puede ser competente para conocer de un divorcio entre dos cónyuges con residencia habitual en España, pero no respecto de las medidas relativas a los hijos de tales cónyuges si los hijos residen fuera de España (AAP Barcelona 16 noviembre 2023 [cónyuges chinos con residencia en España y menor con residencia en China])²⁵. Inadmitir la demanda de divorcio en estos casos con el peregrino argumento de que el menor reside fuera de España es un grave error.

Estos foros deben aplicarse, igualmente, para determinar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros para dictar las llamadas “medidas previas” a la separación y divorcio (AAP Tarragona 17 julio 2009 [divorcio entre española y francés]), así como las medidas provisionales, cautelares o urgentes en materia de divorcio / separación judicial (AAP Teruel 25 noviembre 2010 [cónyuges alemanes])²⁶.

9. Estos foros operan de modo independiente de la voluntad de las partes. Se trata de foros objetivos, basados en circunstancias de los cónyuges, de modo que, si concurren, la oposición de una de las partes a la competencia internacional del tribunal resulta irrelevante (Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30)²⁷. El Reglamento Bruselas II-ter no recoge la sumisión de las partes como un foro de competencia internacional en los litigios de divorcio, tema sobre el que más adelante se volverá, lo que refleja opciones de política jurídica que tratan de conservar la unidad del Derecho internacional privado europeo en la diversidad de sistemas matrimoniales en la Unión Europea, destaca U.P. GRUBER²⁸. Tales opciones de política jurídica aparecen conectados con el papel regulatorio de la sociedad que muestra el Derecho internacional privado, esto es, con el modo de hacer política a través del Derecho internacional privado, como sostiene CH.A. WHYTOCK²⁹.

10. Se trata de foros de competencia internacional “alternativos” o “electivos”, pues, como indican F. SALERNO y C. BRIÈRE, los litigantes pueden elegir cuál de tales foros desean activar³⁰.

²² Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816].

²³ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RabelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

²⁴ SAP Cantabria 13 junio 2008 [CENDOJ 39075370022008100275]; AAP Barcelona 17 febrero 2009 [CENDOJ 08019370182009200019].

²⁵ AAP Barcelona 16 noviembre 2023 [ECLI:ES:APB:2023:12142A].

²⁶ AAP Tarragona 17 julio 2009 [CENDOJ 43148370012009200069]; AAP Teruel 25 noviembre 2010 [CENDOJ 44216370012010200048].

²⁷ Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816].

²⁸ U.P. GRUBER, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012-V, pp. 381-391. En sentido similar, vid. M. FALLON, “Le nouveau droit du divorce international selon le Règlement Rome III: une evolution tranquille”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, pp. 291-318.

²⁹ CH.A. WHYTOCK, “Politics and Private International Law” en *Research Methods in Private International Law* (X. KRAMER & L. CARBALLO PIÑEIRO EDS.), 2024 (<https://doi.org/10.4337/9781800375536.00008>), *UC Irvine School of Law Research Paper No. 2024-14*, pp. 19-36.

³⁰ F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199.

No existe prevalencia alguna entre unos y otros foros y ninguno de ellos es “excepcional” en relación a otro u otros (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 24 septiembre 2008, STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*)³¹. Ello incrementa exponencialmente las posibilidades de acudir a tribunales de distintos Estados para solventar la crisis matrimonial. Este enfoque es consecuencia de la estructura profunda (“*l'économie du texte*”) del art. 3 RB II-ter. El por qué del carácter alternativo de los foros de competencia internacional se explica fácilmente: el legislador europeo quiso ampliar al máximo el número de tribunales, en los Estados miembros, con competencia para dictar un divorcio separación legal o nulidad matrimonial porque de ese modo, potencia la división del matrimonio, el *favor divortii*. El carácter alternativo de los foros de competencia internacional (art. 3 RB II-ter) ha suscitado diversas críticas, biy bien argumentadas por C. BRIÈRE³².

En primer lugar, se ha dicho que el Reglamento Bruselas II-ter permite que conozcan del litigio relativo a la crisis matrimonial los tribunales de todos los Estados miembros conectados con la situación mediante algún tipo de vinculación, como la nacionalidad y la residencia habitual de ambos cónyuges. Éstos acudirán a los tribunales del Estado ante los cuales les resulte más económico y sencillo plantear la controversia (= costes de litigación internacional reducidos). Ahora bien, el Reglamento Bruselas II-ter ha preferido no admitir la elección de tribunal por las partes. Ello hace que un cónyuge trate de acudir a los tribunales de un Estado antes que el otro cónyuge (*Race to The Courthouse*). De ese modo, litigar ante los tribunales de un Estado miembro puede resultar cómodo y económico litigar para un cónyuge, pero caro e incómodo para el otro. Esta consecuencia injusta se solventaría, al menos parcialmente, si el Reglamento Bruselas II-ter admitiera la elección del tribunal competente por los cónyuges. En efecto, en ese caso, el tribunal competente resultaría eficiente para ambos litigantes y los costes de litigación internacional disminuirían para ambos.

En segundo término, se ha subrayado que el Reglamento Bruselas II-ter fomenta espectacularmente el *forum shopping*, ya que las normas de conflicto sobre divorcio pueden ser diferentes en los Estados europeos, apuntan P. MAYER / V. HEUZÉ y ello pese a la llegada del Reglamento Roma III³³. Nacen así los llamados “divorcios *EuroStar*”: los franceses que trabajan en Londres “especulan” con la Ley del divorcio, de manera que el cónyuge que toma la iniciativa, toma también el tren *EuroStar* que atraviesa bajo el lecho marino el Canal de la Mancha y elige la Ley aplicable, pues si presenta la demanda en Londres, se aplicará la Ley inglesa (*Lex Fori Approach*), pero si presenta la demanda en Francia, la Ley francesa regirá el divorcio (*Ley nacional de los cónyuges*). Esta crítica resultaba plenamente acertada pero no era culpa del Reglamento Bruselas II-ter, texto que no regula la cuestión de la Ley aplicable al divorcio, sino que era consecuencia de que la UE carecía de normas de conflicto uniformes en la UE sobre la Ley reguladora del divorcio. El problema ha sido en gran parte solventado, precisan M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, gracias a la elaboración del Reglamento Roma III [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial], que contiene normas de conflicto uniformes, iguales para los Estados miembros en dicho Reglamento³⁴. De ese modo, sea cual fuere el tribunal del Estado miembro competente para conocer del divorcio, éste se regirá por la misma Ley sustantiva, de modo que el *Forum Shopping* desaparece. Ahora bien, la perfección no es para este mundo, de modo que el *Forum Shopping* sigue existiendo en esta materia en la UE, pues no todos los Estados miembros participan en el Reglamento Roma III y existen numerosos Estados europeos que no son Estados miembros, como el Reino Unido.

11. En suma, los foros alternativos recogidos en el art. 3 RB II-ter, son numerosos, de modo que, en los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

³¹ Sentencia Cour de cassation, Francia, 24 septiembre 2008 [*Bulletin*, 2008, I, n. 208]; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* [ECLI:EU:C:2009:474].

³² C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199.

³³ P. MAYER / V. HEUZÉ / B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, pp. 376-390. El Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), es conocido como “Reglamento Roma III”.

³⁴ M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016-2, pp. 103-107.

- (a) La residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.
- (b) El último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de presentación de la demanda.
- (c) La residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.
- (d) La residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.
- (e) La residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. El demandante debe ser uno de los cónyuges (STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52)³⁵.
- (f) La residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda siempre que el demandante sea nacional de ese Estado miembro.
- (g) También son competentes los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges (art. 3.b) RB II-ter). En el caso de Irlanda opera también este criterio, pero el art. 2.3 RB I-ter indica que el concepto de “domicilio” sustituye al concepto de “nacionalidad” para Irlanda y tiene el significado que posee en Derecho irlandés. El demandante debe ser uno de los cónyuges (STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52)³⁶.

II. Competencia internacional y residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda

12. Cuando la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda se encuentra en el territorio del mismo Estado miembro, los tribunales y autoridades del mismo disponen de competencia internacional para conocer de los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (art. 3 RB -II ter). Se trata de un foro de competencia que responde a la lógica neoliberal de la conexión jurisdiccional más eficiente, como destaca P. KINSCH³⁷. Se litiga en el Estado miembro de la residencia habitual común porque es el tribunal más cercano a las partes, el tribunal ante el cual la litis de divorcio será menos costosa para los cónyuges. Y es también el tribunal que puede desarrollar el proceso a un menor coste para la administración de justicia. Todo confluye en el mismo punto, como demuestra S. DNES³⁸. Porque constitucionalidad y eficiencia, normalmente, coinciden de modo sorprendente, apunta S. GRUNDMANN, como dos manos invisibles que se tocan antes de entrar en el juzgado a solicitar un divorcio³⁹.

1. Irrelevancia de la nacionalidad de los cónyuges

13. Cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España, la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en procesos de divorcio se rige, siempre, por el Reglamento Bruselas II-ter y nunca por la LOPJ, sea cual sea la nacionalidad de los cónyuges (SAP Zaragoza 10 junio 2022 [matrimonio celebrado en Cuba]; SAP Madrid 30 junio 2022 [cónyuges marroquíes]; SAP Madrid 8 noviembre 2021 [cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos])⁴⁰.

³⁵ STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka* [ECLI:EU:C:2016:772].

³⁶ *Vid.* nota anterior.

³⁷ P. KINSCH, “Trois visions de l’avenir d’un droit international privé néolibéral”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193. También en P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384.

³⁸ S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

³⁹ S. GRUNDMANN, “Pluralistische Privatrechtslehre”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.2, pp. 364-420.

⁴⁰ SAP Zaragoza 10 junio 2022 [ECLI:ES:APZ:2022:1302]; SAP Madrid 30 junio 2022 [ECLI:ES:APM:2022:10249]; SAP Madrid 8 noviembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:12279]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

14. Resulta muy llamativa, -por ser misericordiosos a la par que magnánimos en el calificativo-, la actitud de cierta jurisprudencia española en este punto, empeñada en ignorar con singular contumacia el Reglamento Bruselas II-ter y en aplicar, de modo totalmente improcedente, la LOPJ por la razón (?) de que los cónyuges o alguno de los cónyuges, no ostentan la nacionalidad de ningún Estado miembro (SAP Castellón 25 mayo 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes]; SAP Huelva 21 octubre 2013 [alimentos entre cónyuges marroquíes])⁴¹.

En algún caso, el Ministerio Fiscal ha seguido la equivocadísima tesis de solicitar la incompetencia de los tribunales españoles porque el demandado no tiene su domicilio en España con arreglo al art. 50 LEC, lo que constituye un doble y flagrante error, ya que tal precepto no regula la competencia internacional, sino la competencia territorial y por otro lado, sólo es aplicable en el caso de que, con arreglo a las normas aplicables, la jurisdicción española disponga de competencia internacional. Otros tribunales españoles siguen el equivocado pero muy español cauce del *totum revolutum*: se declaran competentes porque así se deriva, al mismo tiempo, del art. 22 LOPJ y del art. 3 RB II-ter, lo que resulta plenamente incorrecto (SAP Murcia 10 octubre 2013 [sentencia francesa], SAP Asturias 16 julio 2009 [divorcio entre marido italiano y esposa española casados en Gibraltar])⁴².

15. Este foro opera también cuando ya no existe “domicilio conyugal común”, pero ambos cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado miembro, pero por ejemplo, en distintas poblaciones, en el momento de presentación de la demanda.

2. Concepto de “residencia habitual”

16. Este concepto es clave en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II-ter. El Reglamento Bruselas II-ter no define, ni en su texto normativo ni en sus “considerandos”, el concepto de “residencia habitual”. Sin embargo, puede afirmarse que el concepto de “residencia habitual” es un concepto autónomo y propio del Reglamento Bruselas II-ter que debe ser observado por todas las autoridades de todos los Estados miembros en el Reglamento Bruselas II-ter. No se puede emplear, naturalmente, como muy bien subraya la STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia], el concepto español de “residencia habitual” (AAP Lleida 27 septiembre 2018 [menores con residencia habitual en Francia]; sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas])⁴³. Es un concepto europeo, a interpretar y concretar con arreglo a los cánones europeos de construcción de dicha noción, bien descritos por L. DE LIMA PINHEIRO⁴⁴. Cuestión muy diferente es el “contagio inverso” de las nociones de Derecho internacional privado europeo en el contexto del Derecho internacional privado nacional, como ha destacado C. SOPHIE RAPATZ: el concepto de residencia habitual terminará por trasladarse al Derecho internacional privado nacional de los Estados miembros más pronto que tarde⁴⁵.

17. La residencia habitual se corresponde con el lugar del “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. La residencia habitual de una persona es el lugar donde ésta tiene el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 38; STS 21 noviembre 2017

⁴¹ SAP Castellón 25 mayo 2015 [CENDOJ 12040370022015100169]; SAP Huelva 21 octubre 2013 [CENDOJ 210413700120 13100501].

⁴² SAP Murcia 10 octubre 2013 [CENDOJ 30030370042013100607]; SAP Asturias 16 julio 2009 [CENDOJ 3304437004200 9100266].

⁴³ STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; AAP Lleida 27 septiembre 2018 [ECLI:ES:APL:2018:476A]; Sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857].

⁴⁴ L. DE LIMA PINHEIRO, “A interpretação no direito internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 496-509.

⁴⁵ C. SOPHIE RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU – Vorbild oder Vormacht? Abgrenzungen und Wirkungen im Verhältnis zum nationalen und völkerrechtlichen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2023, pp. 33-39.

[divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio], SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España]; Ordenanza Cassazione, Italia, 25 junio 2010; sentencia Cour de cassation, Francia, 14 diciembre 2005, sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga)]⁴⁶.

18. La residencia habitual representa un “*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*” (AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])⁴⁷. La “residencia habitual” es una cuestión de hecho. El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso concreto, dónde tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión.

19. La “residencia habitual” está constituida por dos elementos: (i) la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y (ii) una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57; sentencia Cour de Cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio entre española y marroquí])⁴⁸. La presencia física es imprescindible, -como demuestra N. JOUBERT-, para hablar de residencia habitual en un país concreto⁴⁹.

20. No es relevante que sea una residencia “temporal”. Es relevante que el sujeto tenga su centro social de vida, de modo estable y con la intención de permanecer, en un concreto Estado miembro, aunque sea de modo temporal. El centro social de vida es el lugar donde la persona dispone del núcleo principal de sus relaciones con otras personas. Así, la “residencia habitual” constituye un foro “*flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial y genera un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada*” (SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge demandado portugués])⁵⁰. Así, una residencia puramente temporal en España no es residencia habitual en España (AAP Lleida 9 septiembre 2021 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España]: “*no estamos frente a una presencia en España que pudiéramos calificar de duradera, ni existe constancia de que la intención de la demandada fuera establecerse con carácter definitivo aquí... de hecho, tras unos pocos meses en España ha regresado nuevamente a su país en un íterin de pocos meses estuvieron viviendo en España, sin que constara su vocación de permanencia ... la conexión de todo ello con España es casi inexistente y más para una persona que jamás llegó a integrarse en este país ni tiene arraigo alguno con él...*”)⁵¹. Del mismo modo la AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana] indica que “*la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconoci-*

⁴⁶ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [CENDOJ 43148370012015100171] [ECLI:ES:APT:2015:440]; Ordenanza Corte di cassazione, Italia, 25 junio 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 415]; Sentencia Cour de Cassation, Francia, 14 diciembre 2005 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, pp. 853-855]; Sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750].

⁴⁷ AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

⁴⁸ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A]; Sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A].

⁴⁹ N. JOUBERT, “La résidence de l’enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments” (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)”, *RCDIP*, 2018-1, pp. 138-143.

⁵⁰ SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ 17079370012015100074] [ECLI:ES:APGI:2015:256].

⁵¹ AAP Lleida 9 septiembre 2021 [ECLI:ES:APL:2021:466A].

miento de otra distinta residencia habitual en España” de modo que “la residencia y empadronamiento de los esposos en España se debe al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo”⁵².

21. No es relevante la duración temporal concreta de la permanencia de una persona en un concreto país. Una residencia habitual puede adquirirse tras un mes de estancia en un país, tras un año o tras una semana. Lo que resulta relevante es que la persona mantenga en dicho lugar la mayor parte de sus relaciones sociales y que éstas sean significativas y sustanciales. Presencias vacacionales o estacionales no constituyen, *per definitionem*, “residencia habitual” (AAP Murcia 11 febrero 2021 [divorcio entre sujetos no residentes en España])⁵³. No obstante, cuanto más tiempo pase una persona en un país, más probable será que tenga en dicho país su “residencia habitual”. La acreditación de cuáles son y qué calidad tienen las relaciones sociales que una persona mantiene en un concreto país es una cuestión, que, como apunta T. KRUGER, está siempre sujeta a prueba procesal ante los tribunales que conocen del asunto⁵⁴. Así lo confirma también la jurisprudencia española (SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio])⁵⁵. Una presencia en España al objeto de trabajar como “temporero” tampoco significa “residencia habitual” (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [divorcio en España y residencia habitual en Rumanía])⁵⁶.

22. No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo que importa es el Estado miembro en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente.

23. No es significativo a los efectos del art. 3 RB II-ter ni decisivo, que el sujeto siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su “residencia habitual” (muy correcta: STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; sentencia Corte di Cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga]; AAP Barcelona 8 abril 2011 [divorcio y demandada española con domicilio en Argentina, aunque inscrita en padrón municipal español])⁵⁷. Es cierto, no obstante, que la residencia habitual de los cónyuges puede acreditarse mediante un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento correspondiente. Dicho certificado debe operar como un “principio de prueba” que puede, o no, ser desvirtuado por la prueba documental presentada de adverso por la otra parte (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])⁵⁸.

La residencia habitual debe ser “real y efectiva” más allá de lo que indique el padrón municipal español o extranjero (AAP Barcelona 20 octubre 2017 [divorcio y demandada con domicilio en Alemania])⁵⁹. Como indica la SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia], el art. 3 RB II-ter se refiere a la “residencia habitual” y no a la “residencia legal”⁶⁰. Cuentan los datos de hecho más que los datos puramente formales y legales, destaca CH. CHALAS⁶¹.

⁵² AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁵³ AAP Murcia 11 febrero 2021 [ECLI:ES:APMU:2021:262A].

⁵⁴ T. KRUGER, “Habitual residence: the factors that courts consider”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 741-754.

⁵⁵ SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443].

⁵⁶ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁵⁷ STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; Sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750]; AAP Barcelona 8 abril 2011 [CENDOJ 08019370122011200074] [ECLI:ES:APB:2011:2097A].

⁵⁸ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

⁵⁹ AAP Barcelona 20 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A].

⁶⁰ SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

⁶¹ CH. CHALAS, “Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l’enfant dans le Règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, 2018-I, pp. 115-125.

Es conveniente insistir en el carácter fáctico de la residencia habitual en el art. 3 RB II-ter para evitar, como bien enfatiza A. DUTTA, que se produzca una „domiciliación“ de la „residencia habitual“, esto es, una formalización del concepto hecha *mos anglicus*, en el que los elementos jurídico-formales tiene un peso decisivo⁶².

No es necesario añadir nada más a la residencia habitual: no tiene por qué ser una „residencia legal“ desde el punto de vista del Derecho Administrativo de Extranjería, explica P. MANKOWSKI⁶³. Tampoco tiene sentido alguno exigir una residencia habitual „efectiva“, como bien advierte G. SCHULZE⁶⁴.

Por otro lado son frecuentes los movimientos estratégicos de ciertos cónyuges que se trasladan a un país, se empadronan y luego alegan que disponen de su residencia habitual en dicho país aunque, en realidad, no es así, como ha indicado A. BONOMI⁶⁵. De ese modo, en la SAP Alicante 6 marzo 2023 [divorcio y demandado con empadronamiento en Austria] se observa que un sujeto se trasladó a Austria para empadronarse allí y así lo hizo, y acto seguido interpuso demanda de divorcio en Austria⁶⁶. En realidad, el sujeto seguía residiendo habitualmente en España. Con ello trató de evitar la competencia internacional de los tribunales españoles *ex art. 3 RB II-ter*. Por eso dice la sentencia citada que „*resulta evidente que cuando la parte actora interpuso la demanda de divorcio en Austria en 2020, en dichas fechas el demandado no consta que tuviera su residencia en dicho país, en los términos de habitualidad que se exigen por la jurisprudencia indicada, y ello pese a su empadronamiento en dicho país del demandado, que únicamente revela una residencia puramente formal, pero no con la habitualidad que se exige para este tipo de supuestos, sino que por el contrario de los documentos mencionados, revelan que en 2020 el demandado vivía en España, y así consta que continuó en 2021*“.

24. La “mera estancia” del sujeto en un Estado Miembro no constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento Bruselas II-ter (SAP La Coruña 17 junio 2002). La mera “residencia pasajera” o “precaria” del sujeto en un Estado Miembro tampoco constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento Bruselas II-ter, apunta I. GALLMEISTER⁶⁷.

25. No es relevante el hecho de que un cónyuge o ambos viajen con mucha frecuencia a un Estado miembro o a un tercer Estado, pues en dicho caso falta la nota de la “habitualidad de la residencia” (AAP Madrid 31 enero 2012 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España])⁶⁸.

26. La mera “intención de residir habitualmente en un país” no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado, precisa F. SALERNO⁶⁹. Ello fomentaría el *forum shopping*, la carrera a los tribunales y el conflicto de competencias entre tribunales de distintos Estados miembros, y haría que el foro no fuera previsible para nadie.

27. Como han señalado M. MELLONE y A. RICHEZ-PONS, el concepto de residencia habitual está sujeto a distintas claves de lectura dentro del mismo Reglamento Bruselas II-ter⁷⁰. Ello significa que

⁶² A. DUTTA, „Der gewöhnliche Aufenthalt - Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 139-146.

⁶³ P. MANKOWSKI, “Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 40-49.

⁶⁴ G. SCHULZE, „Das Personalstatut bei ineffektiver Mehrstaatigkeit (BGH, S. 609)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016, pp. 575-578.

⁶⁵ A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis, *RCDIP*, 2017-4, pp. 511-534.

⁶⁶ SAP Alicante 6 marzo 2023 [ECLI:ES:APA:2023:442].

⁶⁷ I. GALLMEISTER, “Nota a Civ. Ire, 17 nov. 2021, n° 20-19.420”, 6 diciembre 2012, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/bigamie-des-regles-de-conflict-de-lois-en-matiere-de-divorce/h/14fa637cfee5bc3442bc87f572b87869.html>.

⁶⁸ AAP Madrid 31 enero 2012 [CENDOJ 28079370222012200022] [ECLI:ES:APM:2012:2375A].

⁶⁹ F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

⁷⁰ M. MELLONE, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 865-716; A. RICHEZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

dicho concepto debe ser entendido en sentidos distintos según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos. Así, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, el elemento subjetivo (= las intenciones de las partes) debe ser potenciado, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual, con el fin de facilitar el acceso a los tribunales en materia de crisis matrimoniales. Por el contrario, en las normas que regulan la responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a interpretación restrictiva o expansiva según lo exija el interés superior del niño.

28. El tribunal que conoce del caso debe determinar “en cada caso en atención a elementos objetivos extraídos de las circunstancias concurrentes” cuál es el país de residencia habitual de los cónyuges (SAP Alicante 6 marzo 2023 [divorcio y demandado con empadronamiento en Austria])⁷¹.

29. La exigencia de seis meses o un año de residencia habitual en un Estado miembro, requerida por algunos foros del art. 3 RB II-ter, es un dato objetivo. Así se evitan polémicas sobre las intenciones y la voluntad de los cónyuges y sobre las razones de la residencia. Se automatiza y simplifica así la regla de competencia internacional (AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio entre española y marroquí]; AAP Barcelona 24 octubre 2019 [menor con residencia habitual en Barcelona y no en Suiza])⁷².

En cuanto al cómputo de estos seis meses o del año, -si el demandante no es nacional del Estado miembro ante cuyos tribunales interpone la demanda-, la STJUE 6 julio 2023, C-462/22, *BM vs. LO* [nacional alemán y nacional polaca y divorcio en Alemania: cómputo de tiempo de residencia habitual del cónyuge demandante] explica cómo hacerlo⁷³. El caso fue el siguiente: BM, nacional alemán, y LO, nacional polaca, se casaron en Polonia en el año 2000. Allí vivieron con sus hijos. Pasados unos años, el marido inició un procedimiento de divorcio ante tribunales alemanes y alegó que había abandonado el domicilio conyugal en Polonia y que, desde entonces, se había mudado a casa de sus padres en su ciudad natal en Alemania. Los tribunales alemanes acreditaron que BM ya había adquirido la residencia habitual en Alemania en la fecha en que presentó la demanda de divorcio pero que no había probado su residencia habitual en dicho Estado miembro durante todo el período de seis meses anterior a esa fecha. La cuestión radicaba en saber si el demandante del divorcio debe acreditar su “*residencia habitual*” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda desde el inicio de los seis meses previstos en el art. 3 RB II-ter, o si basta la “*mera residencia*”, siempre que el demandante tenga su “*residencia habitual*” en dicho Estado en el momento de presentación de la demanda de divorcio. El problema deriva de una diferencia entre la versión en alemán del art. 3 a) ii) RB II-ter y las demás versiones del precepto en las otras lenguas oficiales. La versión en alemán indica: “*die Ehegatten zuletzt beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat*”. Esto es, la competencia corresponde a los tribunales del Estado miembro donde “*los cónyuges tuvieron ambos su residencia habitual en último lugar, siempre que uno de ellos tenga todavía allí su residencia habitual*”. En las versiones del precepto en otras lenguas oficiales de la UE, se dice que la competencia corresponde a los tribunales del Estado miembro donde “*los cónyuges tuvieron ambos su residencia habitual en último lugar, siempre que uno de ellos tenga todavía allí su residencia*”. Esto es, en estas versiones no se exige que la residencia sea “habitual”. Por otro lado, en el art. 3.a.vi) RB II-ter, es cierto que se dice que son competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre “la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión”, y no se exige, literalmente, que haya residido “habitualmente” allí. A partir de ahí comienzan los problemas, porque se trata de decidir si cuando el art. 3 RB II-ter se refiere a “*residencia*”, sin más, se refiere, en realidad, también a residencia “*habitual*”. La cuestión radicaba en saber si el demandante del divorcio debe acreditar su “*residencia habitual*” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se

⁷¹ SAP Alicante 6 marzo 2023 [ECLI:ES:APA:2023:442].

⁷² AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A]; AAP Barcelona 24 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:8448A].

⁷³ STJUE 6 julio 2023, C-462/22, *BM vs. LO* [ECLI:EU:C:2023:553].

presenta la demanda desde el inicio de los seis meses previstos en el art. 3 RB II-ter, o si basta la “*mera residencia*”, siempre que el demandante tenga su “*residencia habitual*” en dicho Estado en el momento de presentación de la demanda de divorcio. La respuesta del TJUE es clara: no basta con que el demandante haya tenido su simple “residencia” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda en el momento en el que presenta tal demanda y que tenga su “residencia habitual” en el territorio de dicho Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda en el momento en el que presenta tal demanda. Es preciso, por el contrario, que el demandante demuestre que ha adquirido la residencia habitual en dicho Estado miembro desde al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. Esta exigencia de residencia “*habitual*” se justifica en varios argumentos: (a) La necesidad de que dicho demandante acredite, para todo el período en cuestión, que tiene un vínculo real con dicho Estado miembro; (b) La previsibilidad de la competencia de los tribunales de los Estados miembros especialmente para el demandado; (c) La interpretación y aplicación uniformes de los foros de competencia internacional; (d) La seguridad jurídica que proporciona una exigencia rígida de seis meses de residencia habitual del demandante, lo que, al mismo tiempo, no impide la movilidad de las personas dentro de la Unión Europea; (e) Evitar el *forum shopping* y sobre todo el *forum actoris*, pues ello perjudica seriamente la posición legal del demandado por divorcio.

3. Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges.

30. Una persona sólo puede tener su residencia habitual en un país a efectos del art. 3 RB II-ter. El TJUE ha dejado claro que una persona sólo puede tener su residencia habitual en un concreto país. Varios argumentos, muy bien sistematizados por S.L. GÖSSL, apoyan esta importante afirmación⁷⁴.

En primer lugar, aceptar que una persona puede tener su residencia habitual en varios países a la vez comportaría una gran inseguridad jurídica, lo que es inaceptable para lograr un espacio europeo de Justicia, en que la seguridad jurídica es un principio fundamental. Ello provocaría dos consecuencias indeseables: (i) haría imprevisible para las partes la determinación de los tribunales competentes para dictar un divorcio y (ii) haría muy compleja la precisión de la competencia por parte del tribunal.

En segundo lugar, un argumento literal también opera aquí: ni el art. 4 RB II-ter ni ninguna otra disposición legal del Reglamento Bruselas II-ter se refieren, en ningún caso, a la residencia habitual en número plural (“*residencias habituales*”). En la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48, un sujeto tenía dos residencias: una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda⁷⁵. El TJUE indicó que la residencia habitual de una persona se sitúa en el lugar donde está el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses y no aboga por aceptar que una pluralidad de residencias pueda tener simultáneamente tal carácter. Por tanto, a efectos del art. 3 RB II-ter, un cónyuge puede disponer simultáneamente de varias residencias (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB*, FD 51; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]), pero únicamente puede tener una sola “residencia habitual”⁷⁶. Esta decisión está en sintonía con la jurisprudencia del TJUE en otros sectores del DIPr. europeo, como destaca I. ANTÓN JUÁREZ⁷⁷. Así, en la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.*, el tribunal estimó que el causante sólo puede tener su última residencia habitual en un único país⁷⁸.

31. La residencia habitual iguala a todos los cónyuges en el plano de la competencia internacional en la Unión Europea. Es irrelevante la nacionalidad y el Estado o cultura de origen de la persona en

⁷⁴ S.L. GÖSSL, “Rechtsaktbezogene Einzigartigkeit und subjektive Komponenten – Einige Notizen zum gewöhnlichen Aufenthalt im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht (EuGH, Rs. C-289/20, S. 526)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2022, n.6, pp. 489-489.

⁷⁵ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955].

⁷⁶ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁷⁷ I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *Ib c. Fa.*”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 578-590.

⁷⁸ STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, [ECLI:EU:C:2020:570].

cuestión. Por ello, cierta doctrina critica la falta de sensibilidad de este foro de competencia en relación con la “diferencia”, con la “alteridad” de los casos de Derecho internacional privado⁷⁹. Frente a ello, otros expertos, como D. DÜSTERHAUS, han destacado que precisamente, por eso, evita toda discriminación entre cónyuges es, por tanto, un criterio más constitucional⁸⁰. En suma, cultura, valores y normas son tres realidades diferentes y el Derecho internacional privado europeo apunta a la libre circulación (valor) como eje inspirador de sus normas por encima del aspecto cultural, según explica M.V. CARAUSAN⁸¹. La libre circulación de las personas en la Unión Europea, potenciada por este criterio de competencia, está en la base de todo el art. 3 RB II-ter. Es un criterio europeo, no nacional de cada Estado miembro, el que, indica P. ELEFTHERIADIS, inspira este precepto legal⁸².

4. El momento relevante para apreciar la residencia habitual de los cónyuges.

32. Interesa acreditar cuál es el Estado miembro en el que residen los cónyuges en el momento de presentación de la demanda (SAP Madrid 16 abril 2012 [con residencia en EE.UU.])⁸³. Residencias habituales anteriores no son relevantes, pues ya no revelan una proximidad del supuesto con dicho Estado miembro que justifique la competencia internacional de los tribunales de dicho Estado. Así, en el caso de varón español casado con mujer norteamericana, que han tenido su residencia habitual en España pero que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio ante los jueces españoles residen habitualmente él en Luxemburgo y ella en los EE.UU., los tribunales españoles carecen de competencia internacional con arreglo al art. 3 RB II-ter y deben declararse incompetentes (AAP Madrid 31 enero 2012 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España])⁸⁴. Residencias habituales de los cónyuges que se cambian a otro país tras haberse iniciado el litigio de divorcio ante tribunales españoles, no alteran la competencia de dichos tribunales (AAP Toledo 7 marzo 2018 [sentencia de divorcio marroquí], SAP Barcelona 29 julio 2015 [divorcio entre cónyuges alemanes celebrado en Colombia])⁸⁵.

5. La necesaria prueba de la residencia habitual.

33. Es preciso que el tribunal del Estado miembro que examina el caso quede convencido de la residencia habitual común de los cónyuges en un concreto Estado miembro. Para ello, deben seguirse las reglas de acreditación o prueba de tal hecho vigentes en el Estado cuyos tribunales conocen del asunto. A falta de dicha prueba, naturalmente, el foro no puede activarse (AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU.]; SAP Madrid 25 junio 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en España y Portugal]; SAP Girona 24 julio 2019 [cónyuges franceses])⁸⁶. La prueba procesal de la residencia habitual es, lógicamente, más com-

⁷⁹ Es el caso de H. MUIR WATT, “Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2018, t. 389, pp. 1-410, esp. pp. 19-21, referido también al punto de conexión “residencia habitual”.

⁸⁰ D. DÜSTERHAUS, “Wie konstitutionalisiert der EuGH das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union?: Tendenzen und Konsequenzen”, en S.L. GÖSSL (HRSG.), *Politik und internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 61-73; D. DÜSTERHAUS, “Konstitutionalisiert der EuGH das internationale Verfahrensrecht der EU?”, *ZEuP*, 26, 1, 2018, pp. 10-31.

⁸¹ M.V. CARAUSAN, “Is European Union at the Heart of Citizens’ Identity?”, *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.

⁸² P. ELEFTHERIADIS, “The moral distinctiveness of the European Union”, *International journal of constitutional law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, pp. 695-713.

⁸³ SAP Madrid 16 abril 2012 [*Aranzadi JUR*, n. 178639].

⁸⁴ *Vid.* nota anterior.

⁸⁵ AAP Toledo 7 marzo 2018 [ECLI:ES:APTO:2018:83A]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [CENDOJ 08019370122015100479] [ECLI:ES:APB:2015:8063].

⁸⁶ AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; SAP Madrid 25 junio 2013 [CENDOJ 28079370222013100440] [ECLI:ES:APM:2013:11501]; SAP Girona 24 julio 2019 [ECLI:ES:APGI:2019:1064].

plicada que la prueba de la nacionalidad, que suele basarse en documentos oficiales, -como el carnet de identidad y el pasaporte-, que admiten poca discusión. Al contrario, como bien advierte P. MANKOWSKI, no existe un documento que prueba de modo fehaciente cuál es el país que se corresponde la residencia habitual de cada cónyuge⁸⁷.

6. *Favor divortii* y prohibición de elegir el tribunal competente para conocer del divorcio

34. En un escenario de crisis matrimoniales transfronterizas, como ha indicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el objetivo principal del Reglamento Bruselas II-ter es facilitar el divorcio en el plano jurisdiccional⁸⁸. El legislador europeo piensa que la sociedad europea mejora y que los ciudadanos podrán circular más y mejor si tiene a su disposición un acceso jurisdiccional veloz y sencillo al divorcio y si éste, una vez dictado en un Estado miembro, circula libremente y es reconocido en toda la Unión Europea.

En primer término, el *favor divortii* se aprecia en el hecho de que el Reglamento recoge una extensa lista de (siete) foros de competencia internacional que operan de modo alternativo. De ese modo, las puertas judiciales del divorcio son varias y no sólo una. Existen varios tribunales que pueden conocer del litigio de divorcio, y no sólo „un tribunal del divorcio“. El cónyuge puede presentar su demanda de divorcio ante los tribunales del Estado miembro donde el divorcio le resulte más sencillo, más veloz y menos costoso. Con frecuencia, el cónyuge que desea el divorcio puede „litigar en casa“, esto es, puede solicitar el divorcio ante los tribunales del Estado miembro donde tiene su residencia habitual, donde vive y donde trabaja todos los días. Un acceso abierto al divorcio, directo y económico.

En segundo lugar, el Reglamento prohíbe la elección del tribunal competente por los cónyuges para evitar, precisamente, que exista un solo tribunal competente para pronunciar el divorcio. El Reglamento garantiza que serán siempre varias las autoridades ante las cuales el cónyuge puede solicitar el divorcio: las autoridades de los Estados miembros recogidas en el art. 3 RB II-ter. Toda persona puede presentar su solicitud de divorcio ante cualquiera de las autoridades relacionadas en el citado precepto. Ningún acuerdo atributivo de competencia internacional puede impedirlo. Se elimina, así, la posibilidad de que el tribunal competente para decidir el divorcio sea sólo uno, el tribunal elegido por los cónyuges. Ello reduciría el número de tribunales potencialmente competentes para conocer de un concreto divorcio, con lo que se restringirían las posibilidades mismas de lograr el divorcio. Además, al cónyuge que presenta su demanda de divorcio ante un o de los concretos tribunales contenidos en el art. 3 RB II-ter jamás se le pueden reclamar daños y perjuicios por ello. Es libre de solicitar su divorcio donde quiera, esto es, ante cualquiera de los tribunales recogidos en el art. 3 RB II-ter. En este sentido, el Reglamento Bruselas II-ter, escribe A. LIMANTE, infatigablemente las soluciones, al tratar a los cónyuges como seres incapaces de fijar por acuerdo un tribunal competente para dictar su divorcio⁸⁹. La determinación de los tribunales competentes para pronunciar un divorcio transfronterizo lo hace, de modo alternativo y multiplicado por siete, el art. 3 RB II-ter, esto es, el Poder Político europeo, que sustituye e las partes en la búsqueda del mejor tribunal para pronunciar el divorcio, según muestra L. DE ALMEIDA⁹⁰. Es un enfoque paternalista, es cierto, como ha mostrado J. UNGERER⁹¹. Por otra parte, destaca L. WALKER que el *favor divortii* en este sector crea la paradoja e incoherencia que se observa al admitirse la libre elección de tribunales en otros sectores pero no en relación con los litigios de divorcio⁹². Todo ello resulta todavía

⁸⁷ P. MANKOWSKI, „Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 130-139.

⁸⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo“, *Actualidad Civil*, n.2, febrero 2023, pp. 1-70 (ISSN: 0213-7100).

⁸⁹ A. LIMANTE, „Prorogation of jurisdiction and choice of law in EU family law: navigating through the labyrinth of rules“, *Journal of Private international law*, 2021, n.2, vol. 17, pp. 334-360.

⁹⁰ L. DE ALMEIDA, „Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law“, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

⁹¹ J. UNGERER, „Nudging in Private International Law“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 85, 2022, n.1, pp. 1-31.

⁹² L. WALKER, „Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU“, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261.

más llamativo en el momento actual en el que el triunfo de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para arreglar sus diferencias personales, familiares y patrimoniales es evidente en el marco del Derecho internacional privado europeo, como han puesto de relieve, entre numerosos expertos, A. MILLS y C. GONZÁLEZ BEILFUSS⁹³. Ya también si se piensa en modo transatlántico, pues en los Estados Unidos de América, las cláusulas de elección de tribunal en los contratos prematrimoniales son más que frecuentes, recuerda B. AÑOVEROS TERRADAS⁹⁴. En suma, se observa una carencia de coherencia valorativa en los diversos sectores materiales del Derecho internacional privado europeo, según señala F. M. WILKE⁹⁵. Carencia que es resultado, entre otros factores, de la inexistencia de un Derecho internacional privado “bien codificado”, como ha denunciado E.-M. KIENINGER⁹⁶.

En tercer lugar, el fácil acceso al divorcio se asegura a pesar de que ello comporte complicaciones procesales como la litispendencia europea e internacional y a pesar de que se incite al *Forum Shopping*. Eso son males menores y daños colaterales en comparación con el objetivo a alcanzar: facilitar el divorcio a la hora de determinar la autoridad competente al efecto.

⁹³ A. MILLS, “Conceptualiser l’autonomie des parties en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.2, pp. 405-417; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

⁹⁴ B. AÑOVEROS TERRADAS, “Jurisdiction clauses in international premarital agreements: a comparison between the US and the European system”, *European Review of Private Law*, 26, 4, 2018, pp. 537-577.

⁹⁵ F. M. WILKE, “Dimensions of coherence in EU conflict-of-law rules”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 163-188.

⁹⁶ E.-M. KIENINGER, „Die weitere Kodifikation des europäischen IPR“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 200-208.