

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)\*

*Judicial jurisdiction in matters of parental responsibility and habitual residence of the minor (the interpretive criteria of the best interests of the minor, and the proximity criterion)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** Los órganos jurisdiccionales de un Estado serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Como excepción, el Estado de la anterior residencia habitual del menor mantendrá la competencia durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a una resolución judicial continúa residiendo habitualmente en el Estado de la anterior residencia habitual del menor.

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación formo parte.

*ABSTRACT: The courts of a State shall be competent in matters of parental responsibility with respect to a minor who habitually resides in that State at the time the matter is brought before the court. As an exception, the State of the minor's previous habitual residence will maintain jurisdiction during the three months following the change of residence, if the holder of the right to visit pursuant to a court decision continues to habitually reside in the State of the child's previous habitual residence.*

**PALABRAS CLAVE:** Competencia judicial. Responsabilidad parental. Residencia habitual. Interés superior del menor. Criterio de proximidad.

**KEY WORDS:** *Judicial jurisdiction. Parental responsibility. Habitual residence. Best interest of the minor. Proximity criterion.*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR.—II. RESIDENCIA DEL MENOR Y COMPETENCIA.—III. MANTENIMIENTO DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO MIEMBRO DE LA ANTERIOR RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR: LA EXCEPCIÓN DE LOS TRES MESES.—IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN TORNO A LA RESIDENCIA DEL MENOR: *EL MENOR DE VIDA ERRANTE*.—V. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS UTILIZADAS POR EL TJUE EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PARENTAL: 1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2. PRINCIPIO DE PROXIMIDAD.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. JUSTIFICACIÓN DEL ASUNTO A TRATAR

La SAP de Segovia, S. 402/2019, 5 de diciembre de 2019<sup>1</sup>, que emana doctrina relevante es la que ha dado pie a este comentario. La finalidad principal del Tribunal de Justicia es interpretar la legislación europea, a través de los casos que se le presentan. El objeto de nuestro pequeño estudio se centra en cómo se lleva a cabo la interpretación de algunos preceptos del *Reglamento (CE) n. 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*<sup>2</sup>, en ámbitos referidos a responsabilidad parental en conexión con la *residencia habitual* del menor... con el foco puesto en el *traslado y/o retención ilícita* del menor por uno de sus progenitores a efectos de determinar la competencia judicial y si nuestros tribunales pueden conocer del asunto.

Los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente pero, como vamos a ver, a veces los tribunales de los distintos Estados miembros interpretan el articulado del Reglamento de distintas maneras. De modo que si un tribunal nacional de un Estado miembro tiene dudas sobre la interpretación de algún artículo pide a través de la cuestión prejudicial una clarificación al Tribunal de Luxemburgo. El mismo mecanismo puede utilizarse para determinar si una normativa o práctica nacional es compatible con la legislación europea.

La relación entre los tribunales de jurisdicción ordinaria de cada uno de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos indica que los sujetos del diálogo jurisdiccional en el marco de la responsabilidad parental son dos partes: el diálogo siempre es bilateral. Estamos ante jurisdicciones diferentes —la de cada Estado miembro y la de la Unión Europea— pero con tribunales con competencias unitarias. Estamos ante una colaboración —diálogo horizontal, en pleno de igualdad exento de jerarquía—, basado en el deber de cooperación.

Las interacciones directas que se realizan a través de las cuestiones prejuiciosas sobre dudas a cuestiones prácticas concretas posibilitan, a través de su eficacia transformadora, la unificación de derechos en el ámbito de *responsabilidad parental*. Así se crea un espacio europeo sobre derechos referidos al ámbito de la responsabilidad parental, que principalmente afecta a menores, en dos niveles jurisdiccionales: el interno y el de la Unión Europea. Y lo que es más importante convierte al TJUE en el garante del *interés superior del menor*.

Pues bien, en este pequeño comentario vamos a referirnos a la *competencia judicial* de los tribunales españoles que es *apreciable de oficio*, y no es de libre disposición para las partes, según dispone el artículo 38 LEC y el artículo 17 del Reglamento, conforme al cual el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente sin estar obligado a remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad parental<sup>3</sup>.

Además, el considerando décimo segundo del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 se refiere a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental y están concebidas en *función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad*.

## II. RESIDENCIA DEL MENOR Y COMPETENCIA

En cualquier tema referido a la responsabilidad parental es aplicable el Reglamento comunitario 2201/2003 que en su artículo 8 establece que *los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional*.

El concepto de *residencia habitual* a efectos de dicha competencia ha sido precisado por el TJUE con el siguiente criterio: «La mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor».

La determinación de qué debe considerarse *residencia habitual* debe hacerse en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*. El concepto de residencia habitual de los *menores es específico* y no puede identificarse con el concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea<sup>4</sup>.

Pero es que además el artículo 8,1.<sup>º</sup> del Reglamento, debe interpretarse teniendo en cuenta *el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar, y en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado*<sup>5</sup>.

Cuestiones que se tienen en cuenta en la sentencia que ha dado pie a este comentario la SAP de Segovia, donde se concreta que el menor ha residido junto con su madre y otros familiares en Lisboa hasta la fecha actual (de la sentencia) donde tiene su arraigo sus costumbres, hábitos, colegio, amigos etc. La madre además es de nacionalidad portuguesa<sup>6</sup>.

En los últimos años ha habido varios pronunciamientos de nuestros tribunales en torno a su competencia para entrar a conocer del asunto.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Getafe de 9 de julio de 2010<sup>7</sup> en el supuesto del divorcio de rumanos residentes en España, entiende que hay falta de competencia internacional del tribunal español para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos *hijas comunes menores de edad que residen en Rumanía*. El artículo 12 del Reglamento 2201/2003 establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia en una demanda de divorcio tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor, y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges. Pues bien, tal precepto no puede ser aplicado al caso de autos ya que *las dos hijas menores se encuentran en Rumanía, bajo el cuidado de la abuela paterna, sin que ninguno de los cónyuges ejerza, pues, de hecho la responsabilidad parental de las mismas*.

Resulta interesante también la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006<sup>8</sup>, que otorgó la *competencia de los tribunales españoles* para resolver sobre el régimen de visitas del padre a su hijo, que residía en Holanda con su madre. Aunque el artículo 8 del Reglamento 2201/2003, establece como criterio de competencia general en materia de responsabilidad parental, que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que resida habitualmente el menor, en el caso, *la madre admitió expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles por el simple hecho de interponer ella misma la demanda de divorcio y modificación de medidas en España*. Al negar posteriormente, vía desistimiento, la competencia del tribunal cuando ya había asumido plenamente esa competencia desde el principio al interponer su escrito de demanda, la actora va en contra de *sus propios actos*.

La STJUE de 2 de abril de 2009<sup>9</sup> fue la pionera en concretar que «La duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado son indicios que permiten determinar a los órganos jurisdiccionales nacionales la residencia habitual del menor»<sup>10</sup>.

La SAP de Les Illes Balears de 5 de julio de 2016<sup>11</sup>, reconoce la *competencia judicial internacional* sobre medidas paternofiliales y su desdoblamiento competencial con el divorcio. Se solicitó por la esposa divorcio en España, teniendo la residencia habitual en Alemania, y habiendo trasladado a Mallorca al hijo menor justo antes de la interposición de demanda de divorcio y adopción de medidas. Por ello se concreta la *falta de competencia del Tribunal español* respecto a las medidas paternofiliales, si bien manteniendo el pronunciamiento de divorcio, al no constar que ambos titulares de la responsabilidad parental hayan aceptado la competencia de los Tribunales españoles. Responsabilidad parental concebida en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.

La SAP de Les Illes Balears de 17 de julio de 2017<sup>12</sup>, analizó el supuesto en el que los litigantes eran ciudadanos húngaros y mantuvieron una relación de pareja, de la cual nació una hija. La menor fue trasladada a España por su madre de forma irregular, sin conocimiento del padre y sin autorización judicial para ello, ocultando su paradero durante meses. Los Tribunales húngaros ordenaron el regreso de la menor a Hungría al ser competentes para resolver los aspectos relativos a la responsabilidad parental de la menor por razón de su último lugar de residencia habitual. Es una resolución susceptible de ejecución en España que designa el lugar de residencia de la menor y obliga a la madre a llevarla a Hungría.

Por último, la SAP de León de 6 de septiembre de 2017<sup>13</sup>, insiste en la *competencia judicial de los tribunales españoles* para decidir tanto sobre la responsabilidad parental como sobre la obligación de alimentos, aunque el menor no resida en un Estado de la Unión Europea. Los tribunales españoles son competentes para conocer de la pretensión referida a la responsabilidad parental porque los padres, españoles y residentes en España, son los titulares de dicha responsabilidad y aceptaron expresamente la competencia cuando de común acuerdo solicitaron el divorcio.

### III. MANTENIMIENTO DE LA COMPETENCIA DEL ESTADO MIEMBRO DE LA ANTERIOR RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR: LA EXCEPCIÓN DE LOS TRES MESES

El artículo 9 del Reglamento, titulado *Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor*, en su apartado 1 establece que cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, *durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor*.

En el apartado 2 se dice que no se aplicará el apartado 1.º si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1.º ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.

Consideramos que es bastante difícil que se produzca jurisprudencia en torno a esta excepción por el hecho de que al producirse el traslado legal del menor las partes estarán de acuerdo de dirigirse a los órganos jurisdiccionales del nuevo Estado miembro para dirimir cualquier problema.

### IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN TORNO A LA RESIDENCIA DEL MENOR: *EL MENOR DE VIDA ERRANTE*<sup>14</sup>

Al no contener el artículo 8,1.º del Reglamento remisión expresa alguna al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance del concepto de «*residencia habitual*», debe hacerse dicha determinación

*a la vista del contexto de las disposiciones y del objetivo del Reglamento*, en particular, del que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece dicho Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*.

Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta *otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional* y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar. Pues la interpretación del concepto de «residencia habitual» en el sentido del artículo 8,1.<sup>º</sup> del Reglamento, es diferente a aquella situación en la que un menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro pero reside en otro en el que lleva una *vida errante*.

En este supuesto específico se aplicaría el artículo 13,1.<sup>º</sup> del Reglamento, que indica que *cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor*.

De ahí que la mera presencia física del menor en un Estado miembro, es norma subsidiaria de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, pero no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor.

Por otro lado, el artículo 15,1.<sup>º</sup> del Reglamento dispone que «Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial *está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor*:

- a) Suspender el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4, o
- b) solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5.»

## V. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS UTILIZADAS POR EL TJUE EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

En el examen de las técnicas interpretativas utilizadas en *derecho de familia* por el TJUE, cabe señalar que se han aplicado en sus sentencias varias de ellas como la referida a la interpretación atendiendo al *significado literal* derivado de la redacción del texto, que puede venir referido bien al *lenguaje corriente* o *técnico* (y aquí hay que tener, además, en cuenta las distintas versiones lingüísticas del Derecho de la UE), sin olvidar el sentido autónomo que pueda tener un concepto en el Derecho de la Unión; o, al criterio *sistemático* (el contexto normativo en el que se encuentra inserto el enunciado). También la interpretación *teleológica* o la *intencionalidad del legislador* ha sido muy utilizada, ya que las palabras, por sí mismas, no autodefinen una disposición legal (donde se incluirían los trabajos preparatorios), o el *histórico*, esto es, el significado de determinados términos en el momento temporal de adopción de la norma (o, incluso, la trayectoria histórica de una disposición).

Si bien, el TJUE hace un *uso combinado* de estas modalidades interpretativas, se hace eco generalmente de la voluntad del legislador en el ámbito de la respon-

sabilidad parental (interpretación teleológica) centrada si no en los preceptos, en los considerandos del Reglamento 2001/2003 los cuales marcan el espíritu que informó el Reglamento antes que la letra de los preceptos.

## 1. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El contenido del Reglamento debe interpretarse sobre la base del *principio del interés superior del menor*. Todos los demás principios interpretativos giran en torno a él. Así en alguna de las sentencia se hace referencia al *derecho del menor a ser oido*. Es lo que ocurre en la STJUE de 22 de diciembre de 2010 que resolvió una cuestión prejudicial referida al artículo 42 del Reglamento, en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor que actualmente vive en Alemania con la madre, respecto a su restitución a España. El TJUE al referirse al interés superior del menor, señala además, que «el artículo 24,1.º, exige que los menores puedan expresar su opinión libremente y que esta opinión sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, únicamente «en función de su edad y madurez», y, en su apartado 2, obliga a tener en cuenta, en todos los actos relativos a un menor, el *interés superior de este*, que puede justificar que no se dé audiencia al menor. Por otro lado, dicho artículo 42,2.º, párrafo 1.º a), obliga a dar al menor posibilidad de audiencia, «a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez».

Interesante resulta la posible modificación de las circunstancias del menor, como lo pone de manifiesto la STJUE de 1 de julio de 2010 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) suscitada en el marco del litigio entre los padres de una menor en relación con la restitución a Italia de la niña, que se halla en Austria con su madre, y con el derecho de custodia. En ella se tiene en cuenta el *principio del interés superior del menor* al afirmar que «la ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor». Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución».

La *edad del menor*, máxime si es *lactante*, resulta relevante en los casos de sustracción de menores, y custodia. Así lo asevera la STJUE de 22 de diciembre de 2010 que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (Reino Unido), en el marco del litigio suscitado entre los padres de una menor sobre su derecho de custodia<sup>15</sup>. Afirma que teniendo en cuenta el *principio del interés superior del menor*, máxime cuando este es *lactante* aún, «el concepto de «*residencia habitual*» a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan solo desde algunos días antes en un Estado miembro distinto del de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y so-

ciales que mantienen esta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso». De modo que «la determinación del órgano jurisdiccional competente debería realizarse conforme al criterio de la «*presencia del menor*» en virtud del artículo 13 del Reglamento».

También la Court of Appeal (Reino Unido) planteó una cuestión que se resolvió por STJUE de 1 de octubre de 2014<sup>16</sup> en el sentido de que la competencia en materia de responsabilidad parental debe determinarse de manera que cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 12,3.<sup>º</sup> del Reglamento únicamente puede preservarse el *interés superior del menor* examinando, en cada caso particular, si la prórroga de competencia que se pretende es conforme con ese interés superior.

En el *ámbito del derecho de alimentos*, el menor acreedor de los mismos es considerado, además, la parte más débil necesitada de protección. La STJUE de 5 de septiembre de 2019 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía, respecto a la interpretación de los artículos 3 a) y d)<sup>17</sup> y 5<sup>18</sup> del Reglamento 4/2009/CE<sup>19</sup>, y declara, que el objetivo del mismo consiste, según se desprende de su considerando 15, en preservar los *intereses del acreedor de alimentos, que es considerado la parte más débil en una acción relativa a una obligación de alimentos*.

En el *ámbito del derecho sucesorio*, relativo a la repudiación de una herencia del menor por sus padres, representantes legales, se tiene muy en cuenta el principio del *interés superior del menor*, en el caso de la sentencia a los efectos de conocer y establecer la presencia de todas las partes en el proceso. Nos referimos al supuesto de la STJUE de 19 de abril de 2018 que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Paz de Leros, Grecia<sup>20</sup>.

La cuestión surge en torno a la oposición del Ministerio Fiscal a la elección del órgano jurisdiccional por los padres impide que pueda considerarse aceptada la prórroga de la competencia por todas las partes. Primero el TJUE interpreta el término *forma inequívoca* del artículo 12,3.<sup>º</sup> b), del Reglamento que señala que *la competencia de un órgano jurisdiccional, con arreglo a esta disposición, debe ser aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca*, señalando que «los dos progenitores de un menor presentan conjuntamente una solicitud ante el mismo órgano jurisdiccional, manifiestan la misma voluntad de presentar un asunto ante este último y, con ello, su acuerdo con la elección del órgano jurisdiccional competente. A falta de otros datos que contradigan esta conclusión, la aceptación debe considerarse «inequívoca».

También interpreta la expresión *todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional*. Así, por un lado tanto los cónyuges como responsables parentales deben ser partes en el procedimiento, pero también el fiscal que, según el Derecho nacional, tiene la condición de parte procesal en acciones como la del litigio principal y representa el *interés del menor*.

Por otro lado, la prórroga de la competencia no podrá ser contraria al *interés superior del menor* y que el respeto de este requisito debe comprobarse en cada caso concreto. En el presente asunto, existe acuerdo entre los progenitores del menor, la nacionalidad del menor es la del Estado miembro del órgano jurisdiccional elegido, y el de la residencia del causante en el momento de su fallecimiento, y el del patrimonio de este, y del pasivo de la herencia. Elementos que refuerzan el vínculo entre el menor y el Estado miembro del órgano jurisdiccional

elegido que con base al *criterio de proximidad* le permite evaluar el contexto de la repudiación de la herencia por cuenta del menor.

Resulta interesante también tener en cuenta la *competencia judicial, el interés del menor y su traslado ilícito*, cuestiones analizadas en la STJUE de 23 de diciembre de 2009<sup>21</sup> que analiza el artículo 20 del Reglamento, en relación con las medidas provisionales sobre la custodia de un menor en un supuesto de traslado ilícito del mismo por decisión unilateral de uno de sus progenitores. Concretó que el sentido del precepto radica en no permitir que un órgano jurisdiccional adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en su territorio a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente su custodia al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro<sup>22</sup>.

La cuestión prejudicial del Tribunal esloveno se centra en si el artículo 20 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptar una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorga la custodia de un menor que se encuentra en su territorio cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo del litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro.

Pero, no hay que olvidar que en el presente asunto, el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo, el Tribunal de Tivoli, adoptó una resolución provisional en materia de responsabilidad parental, resolución que fue declarada ejecutiva en Eslovenia. Y es obvio, que si un cambio de circunstancias derivado de un proceso gradual, como la integración del menor en un nuevo entorno, fuera suficiente para autorizar, con arreglo al artículo 20, 1.<sup>º</sup> a un órgano jurisdiccional no competente para conocer del fondo, la posible lentitud del procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido contribuiría a crear las circunstancias que permitirían al primer órgano jurisdiccional impedir la ejecución de la resolución judicial declarada ejecutiva. Esta interpretación de la mencionada disposición quebrantaría los propios principios en los que se basa el citado Reglamento. Y, además, *el cambio en la situación del menor resulta de un traslado ilícito*.

## 2. PRINCIPIO DE PROXIMIDAD

El principio o criterio de proximidad, como ya hemos expuesto, se utiliza para concretar la competencia judicial. *Promueve la solución de los conflictos nacidos entre los diferentes órganos judiciales de los distintos Estados miembros a través de la aplicación del Reglamento estableciendo la competencia del órgano que presente los vínculos más estrechos y cercanos a los menores para proteger sus intereses*.

Así, la STJUE de 17 de octubre de 2018 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido, en un tema de custodia de un menor<sup>23</sup>, y recuerda que la *protección del interés superior del menor garantizada por el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el respeto de sus derechos fundamentales, y también tenido*

en cuenta al redactar el Reglamento concretándose ese interés en el *criterio de la proximidad* adoptado en dicho Reglamento. Además, el Reglamento ya establece un mecanismo que permite a los Estados miembros proteger los intereses de los menores incluso en el caso de litigios no comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 8,1.<sup>º</sup> de dicho Reglamento. En particular, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente, el artículo 14 precisa que los Estados miembros pueden, de manera residual, atribuir la competencia a sus órganos jurisdiccionales en virtud de su derecho nacional.

Por otro lado, el referido principio no solo se utiliza para atribuir la competencia judicial de los Estados miembros, sino también para *concretar el concepto de residencia habitual del menor aproximándole a los vínculos culturales y nacionales más cercanos a él para la mejor protección de sus intereses*. Son varias las resoluciones del TJUE que se refieren a esta circunstancia concreta. Por ejemplo, la STJUE de 27 de octubre de 2016 resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Irlanda sobre acogimiento y custodia de menores<sup>24</sup> señalando que el artículo 15,1.<sup>º</sup> del Reglamento establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo de un asunto podrán solicitar la remisión del asunto o de una parte específica del mismo a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una *vinculación especial*, si consideran que dicho órgano jurisdiccional está *mejor situado* para conocer de los mismos y cuando ello responda al *interés superior del menor*.

Los conceptos de órgano jurisdiccional «mejor situado» y de «interés superior del menor», en el sentido de dicha disposición, no están definidos por lo que se deben interpretar teniendo en cuenta el contexto en el que se inscriben y los objetivos perseguidos por el Reglamento. El interés superior del menor, en el marco del Reglamento tiene por objeto *garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor*. A fin de garantizar dicho principio al aplicar las normas de competencia en materia de responsabilidad parental, el legislador de la Unión recurrió al *criterio de proximidad* que se determina en función del lugar de residencia habitual del menor en el momento en que se presente el asunto ante tales órganos jurisdiccionales. Por otro lado, la remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro únicamente debe efectuarse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor en cuestión tenga una *«vinculación especial»*. La exigencia de que la remisión responda al *interés superior del menor* implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado.

También la STJUE de 15 de febrero de 2017 resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Distrito de Vilna (Lituania), en el marco de un litigio sobre modificación de medidas formulada ante el tribunal de un Estado distinto al de residencia del menor<sup>25</sup> y señala que el Reglamento núm. 2201/2003 se funda en la *cooperación y en la confianza mutua* entre los órganos jurisdiccionales que deben llevar al *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales*, piedra angular de la creación de un auténtico espacio judicial... con el objetivo de responder al *interés superior del menor* y, para ello, *privilegia el criterio de proximidad*. En efecto, el legislador ha estimado que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la *residencia habitual del menor es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en interés de este...* siendo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su *residencia habitual* los que deben ser

*competentes en primer lugar*, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental<sup>26</sup>.

La STJUE de 8 de junio de 2017 en un litigio de restitución de menores<sup>27</sup> se hace eco del concepto de «residencia habitual» del menor, y afirma que debe recordarse que ni el Reglamento número 2201/2003 ni el Convenio de La Haya de 1980 lo definen aunque los artículos del Reglamento que lo mencionan tampoco remiten expresamente al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance, de ahí que el Tribunal de Justicia *haya declarado reiteradamente que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que debe interpretarse atendiendo al contexto de las disposiciones que lo mencionan y a los objetivos del Reglamento* según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del criterio de proximidad.

Por último, la STJUE de 28 de junio de 2018 resuelve cuestiones prejudiciales sobre la determinación del lugar de residencia del menor y afirma en relación con el *principio del interés superior del menor* que «el legislador de la Unión en el Reglamento señala que la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya nacionalidad tiene el menor solo puede prevalecer sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, decisión que tiene su origen en una determinada concepción del interés superior del menor y considera que los órganos jurisdiccionales cercanos en el ámbito geográfico pueden apreciar mejor qué medidas deben adoptarse en su interés». De ahí que para interpretar el concepto de «residencia habitual» del menor, en el sentido del artículo 8,1.º del Reglamento no se puede conceder una importancia preponderante a los vínculos de carácter cultural del menor o a su nacionalidad en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, a menos que se pase por alto la intención del legislador de la Unión<sup>28</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

I. Los tribunales nacionales deben garantizar que la legislación europea se aplique correctamente. Si un tribunal nacional de un Estado miembro tiene dudas sobre la interpretación de algún precepto pide a través de la *cuestión prejudicial* una clarificación al Tribunal de Luxemburgo.

La relación entre los tribunales de jurisdicción ordinaria de cada uno de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos indica que los sujetos del *diálogo jurisdiccional* en el marco de la responsabilidad parental son dos partes: el diálogo siempre es *bilateral y horizontal*, en plano de igualdad exento de jerarquía—, basado en el *deber de cooperación*.

II. El considerando décimo segundo del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 se refiere a las normas de competencia que este establece en materia de responsabilidad parental y que están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del criterio de proximidad.

III. El concepto de *residencia habitual* de los menores es específico del artículo 8 del Reglamento a efectos de competencia ha sido precisado por el TJUE indicando que «La mera presencia física del menor en un Estado miembro, en cuanto norma subsidiaria respecto de la enunciada en el artículo 8 del Reglamento, no puede bastar para determinar la residencia habitual del menor.» Debe hacerse en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del criterio de proximidad.

IV. El interés superior del menor, en el marco del Reglamento tiene por objeto garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor.

La exigencia de que la remisión responda al *interés superior del menor* implica que el órgano jurisdiccional competente se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado.

V. El principio o criterio de proximidad, como ya hemos expuesto, se utiliza para concretar la competencia judicial. Promueve la solución de los conflictos nacidos entre los diferentes órganos judiciales de los distintos Estados miembros a través de la aplicación del Reglamento estableciendo la competencia del órgano que presente los vínculos más estrechos y cercanos a los menores para proteger sus intereses.

Principio que no solo se utiliza para atribuir la competencia judicial de los Estados miembros, sino también para concretar el concepto de residencia habitual del menor aproximándole a los vínculos culturales y nacionales más cercano a él para la mejor protección de sus intereses.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 5 de septiembre de 2019, C-468/2018 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2019:666.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: Eugene REGAN. ECLI: EU:C:2018:835.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. ECLI: EU:C:2018:513.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, Sentencia de 19 de abril de 2018, C-565/2016. Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2018:265.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. ECLI: EU:C:2017:436.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. ECLI: EU:C:2017:118.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. ECLI: EU:C:2016:819.
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV. (ECLI: EU:C:2014:2246).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (TJCE 2009:399).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES, (La Ley 23067/2009).

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 17 de julio de 2008, C-66/2008. Ponente: Lars BAY LARSEN. (La Ley 92662/2008).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, C-372/2002. Ponente: Peter JANN. (La Ley 237066/2004).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, C-452/1993.
- SAP Segovia, S 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).
- SAP de León, Sección 1.<sup>a</sup>, Sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. (La Ley 134476/2017). ECLI: ES:APLE:2017:857.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 266/2017 de 17 de julio de 2017, Rec. 233/2017. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 120839/2017). ECLI: ES:APIB:2017:1344.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 226/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 86/2016. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 119093/2016). ECLI: ES:APIB:2016:1287.
- SAP de Salamanca, Sentencia 486/2006 de 29 de noviembre de 2006, Rec. 527/2006. Ponente: Fernando CARBAJO CASCÓN. (La Ley 250788/2006).
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DÍEZ ÁLVAREZ. (La Ley 326284/2010).

## VIII. LEGISLACIÓN CITADA

Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. «DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

## NOTAS

<sup>1</sup> SAP Segovia, S, 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).

<sup>2</sup> «DOUE» núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

<sup>4</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea (véanse, en particular, STJUE, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, C-452/1993 referida al ámbito de los funcionarios; la STJUE, Sala Primera, Sentencia de 11 de noviembre de 2004, C-372/2002. Ponente: Peter JANN. (La Ley 237066/2004) referido al ámbito de las *prestaciones de desempleo y servicio militar en otro Estado miembro*, cuya doctrina concreta que la legislación aplicable, en determinados casos la del lugar de residencia; que el servicio militar en otro Estado miembro constituye «un período de empleo cubierto»; y que cabe no computar en el cálculo de los períodos de seguro cubiertos, un período de servicio militar obligatorio realizado en otro Estado miembro. O, la STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 17 de julio de 2008, C-66/2008. Ponente: Lars BAY LARSEN. (La Ley 92662/2008), referida a la extradición y que interpreta el artículo 4.6 de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en concreto los términos «residen-

tes» y «habite» en el Estado miembro de ejecución. Se analizó la petición formulada por Polonia a Alemania para que un ciudadano polaco cumpliera en su país la pena pendiente de ejecutar. El TJUE concretó que la autoridad judicial de ejecución no puede denegar la entrega, al amparo de los motivos de no ejecución facultativa, pues el reclamado no tiene la condición ni de residente ni habitante), no puede trasladarse directamente al marco de la apreciación de la residencia habitual de los menores en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento.

<sup>5</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

<sup>6</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

<sup>7</sup> SAP Segovia, S. 402/2019, 5 de diciembre de 2019, Rec. 288/2019, Ponente: María Asunción REMÍREZ SAINZ DE MURIETA. (La Ley 240737/2019).

<sup>8</sup> Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DÍEZ ÁLVAREZ. (La Ley 326284/2010).

<sup>9</sup> SAP de Salamanca, Sentencia 486/2006 de 29 de noviembre de 2006, Rec. 527/2006. Ponente: Fernando CARBAJO CASCÓN. (La Ley 250788/2006).

<sup>10</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José Narciso DA CUNHA RODRIGUES (La Ley 23067/2009).

<sup>11</sup> La STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, también determinó que «En situaciones de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, aun no siendo competentes para conocer del fondo del asunto, pueden adoptar medidas provisionales como la guarda de menores previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado. Obligación de informar al órgano competente respecto a la medida adoptada cuando la protección del interés superior del menor lo exija». Y ello porque la cuestión prejudicial se formuló en el marco de una demanda presentada por la Sra. A, madre de los menores C, D y E, contra la resolución del Kuopion hallinto-oikeus [Tribunal Administrativo de Kuopio (Finlandia)] por la que se confirmaba la resolución por la que el perusturvalautakunta (Comité de garantía de necesidades básicas; en lo sucesivo, «Comité de garantía») ordenó la guarda inmediata de dichos menores y su alojamiento en un establecimiento de acogida.

<sup>12</sup> SAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 226/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 86/2016. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 119093/2016). ECLI: ES:APIB:2016:1287.

<sup>13</sup> SAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 266/2017 de 17 de julio de 2017, Rec. 233/2017. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 120839/2017). ECLI: ES:APIB:2017:1344.

<sup>14</sup> SAP de León, Sección 1.<sup>a</sup>, Sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. (La Ley 134476/2017). ECLI: ES:APLE:2017:857.

<sup>15</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/2007. Ponente: José NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, (La Ley 23067/2009).

<sup>16</sup> Vid: FERNÁNDEZ DE LA IGLESIA, Elena: Importancia del concepto de residencia habitual del menor para delimitar la competencia de los Tribunales en los supuestos de sustracción internacional de menores, en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*. Vol. I. Derecho civil y procesal civil. Coord. Ruda Gonzalez y Jerez Delgado. Sepin. Madrid. 2020. ISBN:978-84-18247-05-7.

<sup>17</sup> STJUE, Sala Segunda, de 1 de octubre de 2014, C-436/2013. Ponente: Alexander ARABADJIEV. El padre, español, y la madre, nacional del Reino Unido residentes en España tuvieron al menor que vivió en España desde 2005 al 2010. Tras la separación de los padres la madre se trasladó con él al Reino Unido. Tras el traslado, los padres llegaron a un acuerdo relativo al derecho de custodia, atribuido a la madre, y el derecho de visita, reconocido al padre, ratificado por los padres ante el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Torrox (Málaga).

<sup>18</sup> El acreedor de alimentos puede interponer su demanda, o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o bien ante el

órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su propia residencia habitual, o bien, cuando la demanda de alimentos sea accesoria de una acción principal relativa al estado de las personas, como una demanda de divorcio o de responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer, respectivamente, de una u otra acción.

<sup>18</sup> Establece la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado, a menos que la comparecencia del demandado tenga por objeto impugnar dicha competencia.

<sup>19</sup> STJUE, Sala Tercera, de 5 de septiembre de 2019, C-468/2018 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. R demandó a P ante la Judecotoria Constanza (Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía), para obtener la disolución del matrimonio, la fijación del domicilio de la menor con ella, la atribución en exclusiva de la patria potestad y la condena de P al pago de una pensión alimenticia a favor de la menor. P impugnó la competencia de este órgano jurisdiccional remitente. Basándose en el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 2201/2003, dicho órgano jurisdiccional se declaró competente, por razón de la nacionalidad de los cónyuges, para conocer de la demanda de divorcio.

<sup>20</sup> STJUE, Sala Sexta, de 19 de abril de 2018, C-565/2016. Ponente: Carl Gustav FERNLUND. El Sr. S y la Sra. X, representantes de su hija menor, de nacionalidad griega, han solicitado al Juzgado de Paz de Leros, la autorización para repudiar la herencia del abuelo materno de la menor. El causante (griego) falleció sin haber otorgado testamento. Su patrimonio consistía en un automóvil y una barca, (valor de 900 euros) pero había sido condenado penalmente por tentativa de estafa y sus herederos corren el riesgo de ser objeto de una acción civil por daños y perjuicios por parte de la víctima. Todos los legitimarios ya han repudiado la herencia, y los padres de la menor también lo solicitan como representantes legales de su hija. Los tres tienen su residencia habitual en Roma (Italia).

<sup>21</sup> STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 23 de diciembre de 2009, C-403/2009. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (La Ley 237335/2009)

<sup>22</sup> Y eso es lo que precisamente ocurre en el supuesto de la sentencia, donde la Sra. D, y el Sr. S cónyuges que tramitaron su divorcio, tras vivir 25 años en Roma y con una hija ante el «Tribunal de Tivoli», que asignó provisionalmente la custodia exclusiva de la menor al Sr. S y resolvió que esta fuera alojada también con carácter provisional en la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma. Pero ese mismo día, la Sra. D abandonó Italia con su hija, instalándose en Eslovenia, donde siguen viviendo actualmente. Mediante resolución de 22 de noviembre de 2007 el Tribunal de distrito de Maribor (Eslovenia), declaró ejecutiva en el territorio de la República de Eslovenia la resolución del Tribunal de Tivoli de 25 de julio de 2007. El Tribunal cantonal de Solvenska Bistrica (Eslovenia) suspendió la ejecución hasta que concluyera definitivamente el procedimiento principal. Posteriormente, en 2008, la Sra. D presentó ante el tribunal Maribor una demanda de medidas provisionales y cautelares solicitando que le concediera la custodia de la menor. Mediante auto de 9 de diciembre de 2008, dicho tribunal estimó la demanda y le confió provisionalmente la custodia de Antonella. El Tribunal esloveno basó su decisión en el artículo 20 del Reglamento apoyándose en el *cambio de circunstancias y en el interés de la menor*. Consideró que la menor se había integrado en su entorno social en Eslovenia. Estimó que su regreso a Italia y su acogimiento forzado en una casa de acogida serían contrarios a su bienestar, puesto que le provocarían un trauma físico y psíquico irreversible. Además, Antonella declaró que deseaba quedarse con su madre.

<sup>23</sup> STJUE, Sala Primera, de 17 de octubre de 2018, C-393/2018 Ponente: Eugene REGAN. La madre de la menor es nacional de Bangladés, y contrae matrimonio en 2013, en ese mismo país, con el demandado en el padre del menor, de nacionalidad británica. En junio o julio de 2016 la madre se estableció en el Reino Unido con el fin de residir en dicho Estado miembro con el padre. Obtuvo un visado para cónyuge extranjero expedido por el United Kingdom Home Office (Ministerio del Interior del Reino Unido), válido desde el 1 de julio de 2016 hasta el 1 de abril de 2019. En diciembre de 2016, el padre y la madre viajaron a Bangladés. En ese momento, la madre se encontraba en avanzado estado de gestación. El 2 de febrero de 2017, la menor nació en Bangladés. Desde entonces permanece en ese país y jamás ha residido en el Reino Unido. En enero de 2018, el padre volvió al Reino Unido sin la madre.

<sup>24</sup> STJUE, Sala Tercera, de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. La Sra. D. es nacional del Reino Unido. Su primer hijo fue internado en un establecimiento en régimen de acogida en el Reino Unido. Posteriormente en el segundo embarazo se sometió a una evaluación prenatal efectuada por las autoridades de protección del menor de su lugar de residencia, en previsión del nacimiento de su segundo hijo habida cuenta de sus antecedentes médicos y familiares. Dicha evaluación concluyó fundamentalmente que la Sra. D. había dado pruebas de afecto hacia su primer hijo, que tenía una actitud positiva ante el nacimiento de R. y que había hecho preparativos en vistas de este y, en particular, que había manifestado su voluntad de cooperar con los servicios sociales a tal respecto. No obstante, las autoridades competentes consideraron que R. debía ser entregado a una familia de acogida desde el momento de su nacimiento, a la espera de que un tercero iniciara un procedimiento de adopción. Ante tales circunstancias, la Sra. D. se estableció en Irlanda, donde nació R. y donde ambos residen desde entonces. Poco después del nacimiento de R., la Agencia solicitó a la District Court (Tribunal de Distrito, Irlanda) competente que dictara una orden de acogimiento del niño. Sin embargo, dicha solicitud fue denegada.

<sup>25</sup> STJUE, Sala Primera, de 15 de febrero de 2017, C-499/2015 Ponente: Carl Gustav FERNLUND. W., lituano, y X., neerlandesa y argentina, contrajeron matrimonio en Estados Unidos y son, padres del menor V, nacido en los Países Bajos. El menor tiene las nacionalidades lituana e italiana, no ha residido nunca en Lituania ni ha ido nunca a ese país. Los tres vivieron en los Países Bajos de 2004 a 2006 y tras una breve estancia en Italia se instalaron en Canadá en 2007. Los cónyuges se separaron en 2010. La madre se instaló con el menor en Italia antes de viajar con él a los Países Bajos, donde tienen su residencia habitual. El padre tiene su residencia habitual en Lituania. La madre solicitó el divorcio ante un tribunal canadiense que pronunció el divorcio entre los cónyuges y atribuyó a la madre la custodia exclusiva del menor. Resoluciones del tribunal canadiense que no han sido reconocidas ni por los tribunales lituanos ni por los tribunales neerlandeses.

<sup>26</sup> Como ocurre en el presente caso y por ello concreta el TJUE que «en un asunto como el que se examina en el litigio principal, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.»

<sup>27</sup> STJUE, Sala Quinta, de 8 de junio de 2017, C-111/2017. Ponente: Jose Luis DA CRUZ VILAÇA. OL, italiano, y PQ, griego, contrajeron matrimonio en Italia, donde residían. Posteriormente se trasladaron a Atenas, donde PQ dio a niña que, desde entonces, ha permanecido en esa ciudad con su madre. Posteriormente, OL regresó a Italia. Según OL, accedió a que la niña permaneciera en Grecia hasta mayo de 2016, fecha en la que esperaba el regreso de su esposa y de su hija a Italia. No obstante, PQ decidió, unilateralmente, permanecer en Grecia con la niña.

<sup>28</sup> STJUE, Sala Quinta, de 28 de junio de 2018, C-512/2017. Ponente: Jose Luis da Cruz Vilaça. La madre polaca reside desde el año 2005 en Bruselas (Bélgica), el padre, belga reside también en Bruselas. Es una pareja de hecho de la que nació una menor con doble nacionalidad polaca y belga. Los progenitores son titulares de la responsabilidad parental respecto de la menor. Desde el nacimiento de la menor, la madre ha efectuado varias estancias con ella en Polonia, con el consentimiento de KO. Tras la separación la menor reside con la madre y el padre ve a su hija una vez por semana. Los progenitores recurrieron a un procedimiento de mediación para tratar de regular la cuestión de la responsabilidad que abandonaron en noviembre de 2016. Tanto la madre como la menor están empadronadas tanto en Bélgica como en Polonia. La madre y su familia se dirigen a la menor en polaco, mientras que el padre le habla en francés. La menor habla y comprende principalmente la primera de estas lenguas. La madre desea establecer su residencia en Polonia con la menor, a lo que se opone el padre. En estas circunstancias, el 10 de octubre de 2016, la madre interpuso ante el Tribunal de Distrito de Poznan-Stare Miasto, una demanda para que se determinara como lugar de residencia de la menor el de la madre, con independencia de dónde estuviera, y que se concediese un derecho de visita al padre.