

# La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales

## The determination of habitual residence in international marital crises and the importance of its legal substantiation in judicial decisions

LAURA GARCÍA ÁLVAREZ

*Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho internacional privado  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ORCID: 0000-0001-7302-292X

Recibido: 16.11.2022/Aceptado: 22.12.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7544

**Resumen:** El interés por realizar esta contribución parte de la lectura de un auto de la AP de Santander, de 4 de mayo de 2022, y de la correspondiente resolución de primera instancia, sobre un divorcio entre dos nacionales rumanos, trabajadores de temporada en España. Aquellas yerran en el ámbito de aplicación de los Reglamentos UE (2201/2003 y 2019/1111) y fundamentan escasamente la concreción de la “residencia habitual” de las partes, cuestión esencial cuando de ello depende el acceso a la justicia ante nuestros tribunales. Se realiza un estudio más amplio de la jurisprudencia nacional y se observa que este tipo de errores no son infrecuentes, tanto en el ámbito de aplicación de los mencionados Reglamentos y de las normas internas, cuya interpretación y aplicación respectiva se aborda, como en la concreción del concepto autónomo de “residencia habitual”, clave para la correcta aplicación de la mayoría de foros que aquellos contienen.

**Palabras clave:** Residencia habitual; crisis matrimoniales; competencia judicial internacional; Reglamentos (UE) 2019/1111 y 2201/2003; jurisprudencia del TJUE; competencia residual; normas de competencia internas.

**Abstract:** The reason for writing this contribution came as a result of reading a decision from the AP de Santander, on the 4th of May 2022, and the corresponding first instance decision with regards the divorce between two Romanian nationals, temporary workers in Spain. In addition to the incorrect application of EU Regulations (2201/2003 and 2019/1111), the decisions scarcely substantiate the place where the parties were “habitually resident”, an essential point when this determines the access to justice in our domestic courts. In a wider study of other domestic decisions, it has been observed that this type of errors is not infrequent, both in relation to the scope of application of the EU Regulations and of the domestic rules on international jurisdiction, both critically analysed, and also to the autonomous concept of “habitual residence” which is present in most of the alternative forums of international jurisdiction concerned.

**Keywords:** Habitual residence, marital crises, international jurisdiction; 2019/1111 and 2201/2003 EU Regulations; EUCJ case law; residual jurisdiction; domestic rules of international jurisdiction.

**Sumario:** I. Competencia judicial internacional en crisis matrimoniales transfronterizas en la Unión Europea: introducción y marco jurídico. 1. El ámbito de aplicación de los Reglamentos

(UE) 2201/2003 y 2019/1111 y la operatividad de la ley interna: una referencia necesaria dados los frecuentes errores en su interpretación por los tribunales españoles. 2. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en los Reglamentos europeos. 3. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en la ley interna. II. La “residencia habitual” en el Reglamento UE 2019/1111 y su precedente 2201/2003 respecto de las crisis matrimoniales. III. Su aplicación reciente por la jurisprudencia española: crónica de aciertos y errores. IV. En especial: el auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021. 1. El auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021. 2. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022. V. Reflexiones finales.

## I. Competencia judicial internacional en crisis matrimoniales transfronterizas en la Unión Europea: introducción y marco jurídico

1. El interés de esta contribución parte de la lectura y del análisis de un auto de la Audiencia Provincial (AP) de Santander, de 4 de mayo de 2022<sup>1</sup>, que desestima un recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia de Reinosa<sup>2</sup> que declaró su incompetencia para el conocimiento de una demanda de divorcio entre dos cónyuges de nacionalidad rumana, trabajadores de temporada en España.

2. La resolución, que se comentará ampliamente en el epígrafe IV de esta contribución, si bien recoge acertadamente la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE, en adelante), en cuanto a que la residencia habitual de un sujeto solo puede ser una en un momento concreto<sup>3</sup>, aunque tenga varias residencias, yerra, como veremos, en la concreción del ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111<sup>4</sup> y fundamenta escasamente, a nuestro juicio, la “residencia habitual” de los cónyuges y de la parte demandante, sin distinguir en su análisis entre ambas. Esta cuestión es esencial cuando de dicha fundamentación depende el acceso a la justicia de nuestros tribunales en el marco de unas normas de competencia judicial internacional que, como veremos, proporcionando foros alternativos, pretenden proveer una variedad de foros disponibles y facilitar la elección de un foro de su conveniencia para los cónyuges, conciliándolo con la debida proximidad del caso con el Estado del foro.

3. No obstante, dicha resolución mejora sustancialmente el auto del Juzgado de Primera Instancia de Reinosa, a todas luces confuso y escaso en su fundamentación. Afirma textualmente que<sup>5</sup>: “En el presente supuesto, , y como indica el Ministerio Fiscal, ninguno de los foros competenciales que aparecen en el artículo 8 del Reglamento 1259/10, artículo 3. 1. a del Reglamento nº 2201/03 del Consejo Europeo, ni el artículo 22 quater de la LOPJ, indican la competencia de este Juzgado”<sup>6</sup>. Como se verá ampliamente más adelante, se luce aquí el Juzgado cuando cita en primer lugar un Reglamento, el 1259/2010<sup>7</sup>, del sector de ley aplicable y entiende que el artículo 8, que contiene normas de conflicto,

<sup>1</sup> AAP Santander 178/2022, de 4 de mayo de 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

<sup>2</sup> Auto del Juzgado de Reinosa de de fecha 15 de diciembre de 2021 (autos de juicio de familia número 343 de 2021), no disponible en la base de datos del CENDOJ ni en el resto de repertorios habituales de jurisprudencia. Tras la negativa de la Letrada de Administración de Justicia del Juzgado de Reinosa a facilitárnoslo para la investigación, nos remitimos por escrito al CENDOJ que finalmente nos remite el texto del auto que se comentará en el epígrafe IV junto con el AAP Santander.

<sup>3</sup> Vid., SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955] y de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], que se comentarán sus aportaciones en el epígrafe II de esta contribución.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DOUE L 178/1, 2 de julio de 2019.

<sup>5</sup> Se transcribe textualmente sin corregir las faltas de puntuación.

<sup>6</sup> Auto del Juzgado de Reinosa (Sección 1), de fecha 15 de diciembre de 2021, nº recurso 343/2021, FD 2. No se dispone de ECLI ya que se ha obtenido expresamente a través del CENDOJ.

<sup>7</sup> Reglamento (UE) nº 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, 29.12.2010, p. 10–16. Hubiese bastado

es aplicable para la determinación de la competencia judicial internacional -competencia que como tal nunca se menciona, haciéndose referencia a la “competencia territorial”-. Tampoco sigue el íter normativo conducido por la primacía de la norma europea ni menciona su ámbito de aplicación, y se olvida, entre otras cosas, de las normas de competencia residual del Reglamento que harían inviable acudir a la LOPJ – en su conjunto, no solo al 22 *quáter*- en este supuesto. Sobre la concreción de la “residencia habitual”, el auto tampoco la fundamenta, a nuestro parecer, acertada ni suficientemente, como analizaremos en el epígrafe IV.

4. De dicha constatación surge el interés por analizar no solo dichos autos sino, más allá, cómo los tribunales españoles han aplicado el concepto de residencia habitual en materia de crisis matrimoniales en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), con el Reglamento 2019/1111 (también llamado *Bruselas II-ter*), aplicable desde el 1 de agosto de 2022<sup>8</sup> y especialmente, dado que la inmensa mayoría de sentencias hasta la fecha de entrega de esta contribución, si no todas, corresponderán a este, con el Reglamento 2201/2003 (o *Bruselas II-bis*)<sup>9</sup>, reemplazado por aquel. Igualmente, interesa analizar cómo han interpretado y aplicado nuestros tribunales los respectivos ámbitos de aplicación de estos instrumentos, la primacía de los Reglamentos de la UE en esta materia, el concepto autónomo de “residencia habitual” o la alternatividad de los foros que aquellos contienen, entre otras.

5. Con este fin, parece conveniente presentar en primer lugar cuál es el marco normativo aplicable y cuáles son los criterios de interpretación que ya ha proporcionado el TJUE con sus resoluciones respecto a estos extremos y, en especial, respecto al concepto autónomo de “residencia habitual” en materia de crisis matrimoniales<sup>10</sup>, recordando que su jurisprudencia, referida al Reglamento 2201/2003, sigue siendo de aplicación tras la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111. Y todo ello para, en un segundo lugar, analizar cómo la jurisprudencia nacional ha aplicado, con errores y aciertos, dichas normas de competencia judicial, centrándonos en el análisis del auto de la AP de Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto de origen que motivaron la presente contribución.

### **1. El ámbito de aplicación de los Reglamentos (UE) 2201/2003 y 2019/1111 y la operatividad de la ley interna: una referencia necesaria dados los frecuentes errores en su interpretación por los tribunales españoles**

6. Comenzaremos recordando el ámbito de aplicación de estos instrumentos dado que, al hacer un recorrido por la jurisprudencia nacional más relevante al respecto, se ha apreciado que nuestros tribunales no siempre han interpretado adecuadamente dicho ámbito de aplicación de los Reglamentos 2201/2003 y 2019/1111<sup>11</sup>. A continuación se exponen algunos ejemplos que lo demuestran.

---

una lectura al título o al artículo 8 que se cita para comprobar que no se refiere a normas de competencia judicial internacional.

<sup>8</sup> *Vid.*, art 105: El presente Reglamento se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019. Nótese que, aunque nos referimos a ambos Reglamentos en toda la contribución, al haberse comenzado a aplicar el Reglamento 2019/1111 a las acciones judiciales emprendidas desde el 1 de agosto del presente año, las sentencias comentadas se referirán al 2201/2003, salvedad del auto AP Santander de 4 de mayo de 2022 en el que, erróneamente, se aplica el Reglamento 2019/1111

<sup>9</sup> 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. DOUE n°338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>10</sup> Se contemplarán las sentencias del TJUE relativas a los ámbitos de aplicación del Reglamento y de sus normas en materia de competencia judicial internacional, no así las relativas al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales sobre divorcio.

<sup>11</sup> Esta impresión personal es compartida por otros autores. Entre otros muchos, E. CASTELLANOS RUIZ se cuestiona si los jueces españoles son conscientes de cuándo son competentes para conocer en las crisis matrimoniales internacionales teniendo en cuenta los numerosos errores que cometen al aplicar los foros correspondientes en esta materia. *Vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 18-19. Por su parte, M. J. SÁNCHEZ CANO afirma lo siguiente: “A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor, no deja de sorprender que los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, sigan

7. Entre otros muchos, el AAP de Santander de 4 de mayo de 2022, al que se dedica un epígrafe específico, yerra en el ámbito de aplicación temporal, aplicando en mayo de 2022 el Reglamento 2019/1111, probablemente por la confusión entre la fecha de entrada en vigor del instrumento y la establecida para su aplicación. También se observan dudas a la hora de aplicar este instrumento en divorcios entre personas nacionales de Estados terceros que tienen no obstante su residencia habitual en la UE; por ejemplo, en el caso de dos cónyuges de nacionalidad ecuatoriana con residencia habitual en España, el AAP Barcelona, de 13 de abril de 2007<sup>12</sup> determina que si bien su nacionalidad no impide que puedan solicitar la disolución del vínculo conyugal ante los tribunales españoles, “la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer la demanda de divorcio (...) deriva de la aplicación de los preceptos citados de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...)”, añadiendo una coetilla final con alusiones al Reglamento: “Finalmente también es de mencionar el Reglamento 2201/2003 (...) que en su artículo 3.1 atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, en forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges”, evitando así decantarse por la norma que en efecto determina la competencia.

8. Otro error claro es el del AAP Madrid de 1 de junio de 2011<sup>13</sup>. En este caso, la esposa, de nacionalidad chilena y con residencia habitual en España desde hacía más de un año, solicita el divorcio ante los tribunales españoles de su cónyuge, de nacionalidad chilena y residencia habitual en Chile, y, la Audiencia, reiterando el fallo del órgano de origen, se considera incompetente aplicando la LOPJ y afirmando lo siguiente respecto del Reglamento 2201/2003 en una interpretación errónea de su ámbito de aplicación: “No es dable la aplicación postulada del Reglamento (C.E.) número 2201/2003 (...) porque (...) no se ejercita acción en reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio dictada por país extranjero, sino que se pretende la declaración de divorcio y sanción judicial *ex novo* de convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial suscrito por ambos litigantes” y porque “este tan solo ampara y atrae la competencia de los Juzgados y Tribunales Españoles cuando se trate de Estados miembros, dándose la circunstancia de que no forma parte de la Comunidad Europea Chile, país de origen de estos litigantes, en el que uno de ellos reside, como así lo hace la hija común menor de edad a quien afectan las medidas del convenio cuya ratificación se pretende”<sup>14</sup>. En este caso, la nacionalidad de los cónyuges de un tercer Estado y el domicilio del demandado en Chile, no suponen obstáculo alguno para aplicar el Reglamento, porque basta con que alguno de los foros del mismo conceda la competencia a algún juez comunitario para que las normas internas que aplica el Auto en cuestión no se apliquen. Por ello, en realidad eran competentes los tribunales españoles dado que la demandante llevaba más de un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda residiendo en España, donde tenía su residencia habitual (ex artículo 3 del Reglamento).

9. También, más recientemente, yerra el auto de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arenys de Mar, de 9 de marzo de 2015, determinando la incompetencia de los tribunales españoles aplicando el artículo 22 de la LOPJ a un divorcio entre dos rusos, residiendo ella habitualmente en España, error que fue corregido por la AP de Barcelona en el auto de 5 de septiembre de 2018<sup>15</sup>.

10. En otros casos se determina la competencia judicial internacional en base a la ley interna cuando pese a haber un elemento internacional (a saber, la última residencia habitual común), ambos cónyuges y sus hijos son nacionales españoles<sup>16</sup> o se hacen referencias al concepto español de “resi-

---

ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, lo que es más grave, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) nº2201/2003 (...). Vid., M. J. SÁNCHEZ CANO, “Divorcio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP Murcia 11 febrero 2021”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº1, marzo 2022, pp. 904-914, p. 905.

<sup>12</sup> AAP Barcelona, de 13 de abril de 2007, nº 124/2007 [ECLI:ES:APB:2007:1720A], FD 1.

<sup>13</sup> AAP Madrid de 1 de junio de 2011, nº 645/2011, [ECLI:ES:APM:2011:7784A]

<sup>14</sup> Cursiva nuestra. Vid., FD 2, 2-4º párrafos.

<sup>15</sup> AAP Barcelona, de 5 septiembre 2018, nº 487/2018, [ECLI:ES:APB:2018:4574ª], FD 1, primer párrafo.

<sup>16</sup> Vid., M. CASADO ABAQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: a propósito del Auto de 12 de noviembre de 2020 de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, Nº 2, 2021, pp. 704-713, p. 706, nota 3, citando a A. QUIÑONES ESCÁMEZ,

denia habitual” a pesar del carácter autónomo de dicho concepto en los Reglamentos europeos, como veremos más adelante.

**11.** A tenor de los no infrecuentes errores en la aplicación del Reglamento europeo a las crisis matrimoniales transfronterizas, hacemos a continuación una breve referencia al ámbito de aplicación de estos instrumentos jurídicos comunitarios, que introducen en los Estados miembros normas uniformes sobre competencia judicial internacional en crisis matrimoniales<sup>17</sup>, que nos ocupan en esta contribución, y en responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, incluyendo también la regulación sobre el reconocimiento de resoluciones judiciales en dichas materias, como sus nombres indican.

**12.** Respecto al Reglamento 2019/1111, actualmente en vigor y aplicable desde el 1 de agosto<sup>18</sup>, su ámbito de aplicación material se concreta en el artículo 1, que dispone que este se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, a las materias civiles relativas a: a) al divorcio, a la separación judicial y la nulidad matrimonial; y b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Centrándonos en las primeras, que son las que nos ocupan en esta contribución, el Considerando 9 precisa que solo se aplica a la disolución del matrimonio pero que no se ocupa de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias. Esta delimitación en negativo del ámbito de aplicación material se completa con la lista contenida en el artículo 1.4<sup>19</sup>.

**13.** El ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003 es esencialmente el mismo, con la regulación contenida en artículo 1.1, precisión en el Considerando 8 y lista que excluye materias en el artículo 1.3. Respecto del ámbito de aplicación material, no se han suscitado grandes dudas, si bien se han planteado algunas cuestiones prejudiciales al TJUE en relación a los divorcios privados<sup>20</sup> -que según el Tribunal de Luxemburgo quedarían excluidos del ámbito de aplicación material de este instrumento<sup>21</sup>- o a la nulidad matrimonial en caso de fallecimiento de un cónyuge<sup>22</sup>. En este último caso, se plantea una demanda interpuesta por la hija de un fallecido para anular su matrimonio con su segunda esposa considerando que su vínculo anterior no se había disuelto cuando se contrajo aquel. Se plantean varias cuestiones prejudiciales: 1) Si la acción ejercitada por un tercero -que no es cónyuge- entra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2201/2003, a lo que el TJUE contesta que sí<sup>23</sup>. 2) Si dicha

---

“¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJUE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, 2008, pp. 457-482.

<sup>17</sup> Nótese que nos centramos en esta contribución en la residencia habitual en las crisis matrimoniales, no respecto de la responsabilidad parental, cuya lectura debe hacerse en una clave distinta.

<sup>18</sup> En esencia, el ámbito de aplicación material y personal de ambos reglamentos en materia matrimonial no ha variado, salvo por la referencia ya omitida al “domicile” de Irlanda -que en el nuevo texto se recoge en art. 2.3 de forma genérica- y la reagrupación de los artículos 6 y 7 en el 6 del nuevo Reglamento, con contenido similar en lo que respecta a la competencia residual. El ámbito de aplicación temporal, lógicamente, sí difiere, siendo el primero de aplicación desde acciones judiciales ejercitadas desde el 1 de marzo de 2005 (artículo 64.1) y hasta el 31 de julio de 2022.

<sup>19</sup> 4. *El presente Reglamento no se aplica: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho penal cometidas por los menores.*

<sup>20</sup> Aquellos que tienen lugar mediante la declaración unilateral de un cónyuge o mediante contrato de divorcio. Vid., respecto a dicha cuestión prejudicial, M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Aranzadi, 2021, pp. 217-247, en especial, pp. 228-230.

<sup>21</sup> Vid., STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sayouni c. Mamisch* [ECLI:EU:C:2017:988]. Aunque la cuestión prejudicial se refería al ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010, *Roma III*, en materia de ley aplicable al divorcio, el TJUE recurre a conceptos del Reglamento 2201/2003, dado que los ámbitos de aplicación material de ambos instrumentos en relación al divorcio deben ser coherentes. Vid., Considerando 10 del Reglamento 1259/2010 y apartado 40 de la STJUE.

<sup>22</sup> STJUE 13 octubre 2016, C-294/12, *Mikolajczyk* [ECLI:EU:C:2016:772].

<sup>23</sup> *Íbidem*, apartado 37. Cuestión distinta es si se reconocerá la legitimación activa a la demandante en la ley sustantiva, *lex causae*, aplicable al caso. Vid., M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE...”, p. 231.

tercera puede emplear los foros del artículo 3 pensados para el demandante, a lo que el TJUE contesta que no, dado que están pensados para proteger al cónyuge demandante, pero sí podría hacer uso de otros foros como el del domicilio del demandado<sup>24</sup>.

**14.** Por su parte, en cuanto al ámbito territorial, el Reglamento se aplica en todos los Estados de la UE excepto en Dinamarca (Irlanda sí manifestó su deseo de participar, *opting in*). El 2201/2003 tiene idéntico ámbito de aplicación territorial (recordando obviamente que cuando se adoptó y hasta su salida de la UE Reino Unido también formaba parte del mismo). El temporal determina que su fecha de entrada en vigor es el 19 de febrero de 2019 pero no se aplica hasta el 1 de agosto de 2022, fecha hasta la cual se ha seguido aplicando el Reglamento 2201/2003. Este, por su parte, entró en vigor el 1 de agosto de 2004, comenzando a aplicarse el 1 de marzo de 2005 (artículo 72), por lo que las acciones judiciales a partir de esa fecha estaban sometidas al Reglamento 2201/2003. Ninguno de estos dos ámbitos ha suscitado cuestiones prejudiciales, lo cual no significa, como veremos, que se hayan aplicado siempre de forma correcta por nuestros tribunales.

**15.** Por último, el ámbito de aplicación personal en relación a las crisis matrimoniales<sup>25</sup>, que se deduce del artículo 6 (con el 2201/2003, los artículos 6 y 7, de contenido similar), no limita su aplicación por la nacionalidad de las partes<sup>26</sup> ni, como en el caso del Reglamento 1215/2012 (artículo 4), limita su aplicación a que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Si con las normas del Reglamento no puede determinarse la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, entonces se aplicarán las normas internas de competencia judicial internacional que, en caso de España, están contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)<sup>27</sup>.

**16.** Ahora bien, existe una importante limitación a la aplicación de las normas internas en materia de crisis matrimoniales, redactada de forma algo confusa, y es que –acudiendo a la nueva redacción del Reglamento 2019/1111 que aglutina esencialmente el mismo contenido en un solo artículo 6-: “Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.” Y “3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro”.

**17.** Esto es, en palabras del TJUE en el asunto *Sundenlind Lopez*<sup>28</sup>, “cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para

<sup>24</sup> Vid., STJUE 13 octubre 2016, C-294/12, *Mikolajczyk* [ECLI:EU:C:2016:772], apartado 51.

<sup>25</sup> El artículo 14 en ambos textos regula la competencia residual en materia de responsabilidad parental que no nos ocupa en esta contribución.

<sup>26</sup> Los foros previstos en los artículos 3 a 5 serán aplicables en los supuestos en que uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de uno de ellos (o, en el caso de Irlanda para el Reglamento 2201/2003, solo, tenga su «domicile» en territorio irlandés –redacción del Reglamento 2201/2003, que contempla el “domicile”-).

<sup>27</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, texto consolidado, modificada en lo que respecta a su título primero del libro primero, “De la extensión y límites de la jurisdicción” por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio.

<sup>28</sup> STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundenlind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740]. No abordamos en detalle la sentencia puesto que ya hay magníficos comentarios que lo hacen. Sobre la misma y su análisis de las normas de competencia residual, vid., M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE...”, pp. 220-227 y bibliografía allí citada. A. BORRÁS, “Exclusive” and “Residual” Grounds of Jurisdiction on Divorce in The Brussels II bis Regulation (zuEuGH, 29.11.2007 –Rs.C-68/07 –Sundenlind Lopez/ Lopez Lizazo, unten S. 257, Nr.12)”, *IPraxis*, nº 3, 2008; R. ESPINOSA CALABUIG “El divorcio internacional en la Unión europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Revista boliviana de Derecho*, nº 22, 2016, pp. 208-233; J. A. GARCÍA LÓPEZ, “Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto ‘Sundenlind López’: ámbito de aplicación espacial a las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea en materia de separación y divorcio”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 307-325.

resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3<sup>29</sup> del Reglamento. También lo ha recordado recientemente el TJUE en la sentencia de 1 de agosto de 2022 cuando, siendo el demandado nacional de Portugal, Estado miembro, y teniendo en cuenta el contenido de dicho artículo 6, determina que no pueden aplicarse las normas de la LOPJ para determinar la competencia para conocer del divorcio entre dos cónyuges cuya residencia habitual está en Togo teniendo la parte actora nacionalidad española y la demandada portuguesa, no pudiendo por tanto el cónyuge portugués ser demandado en España de acuerdo a las normas internas en virtud de las normas de competencia residual del Reglamento. Podría haberse planteado la demanda de divorcio en Portugal, como dice el TJUE<sup>30</sup>, ya que dicha imposibilidad no obsta para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional sean competentes para conocer de tal pretensión con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de ese mismo Estado miembro.

18. Por tanto, un tribunal nacional de un Estado miembro podrá aplicar las normas internas frente a demandados nacionales de su propio Estado<sup>31</sup> o frente a quienes ni residen ni tengan la nacionalidad de un Estado miembro<sup>32</sup>, y ello siempre que ninguna disposición del Reglamento 2201/2003 (o ahora, del 2019/1111) conceda la competencia a ninguna autoridad de otro Estado miembro<sup>33</sup>. Este sería por ejemplo el caso de un divorcio entre un español y una argelina cuya residencia habitual común está en Tánger y en el que, ante los problemas conyugales, él decide trasladar su residencia habitual a España de nuevo, solicitando inmediatamente el divorcio ante los tribunales españoles. En este caso, dado que ningún foro del Reglamento otorga la competencia a los tribunales españoles<sup>34</sup> ni a ninguna otra autoridad de otro Estado miembro, y dado que la demandada es de nacionalidad argelina y tiene su residencia habitual en Tánger, procedería aplicar las normas internas, esto es, la LOPJ. No podría aplicarse en caso de que ella tuviese la residencia habitual en Francia, por ejemplo, en cuyo caso y con independencia de la nacionalidad, no podría aplicarse la LOPJ porque podrían ser competentes los tribunales franceses y no entrarían en juego las normas de competencia interna.

## 2. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en la materia en los Reglamentos europeos

19. Como ya se apuntó, en ambos reglamentos los foros de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales tienen esencialmente la misma redacción, sin que haya cambiado nada sustancial excepto por la referencia al “domicile” en el caso de Reino Unido e Irlanda que se hacía en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y que ya se ha eliminado del mismo, pasando a formar parte de las definiciones del artículo 2.3.

<sup>29</sup> STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 28.

<sup>30</sup> STJUE 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], apartado 117 3) del fallo.

<sup>31</sup> Esto es, la exclusión de la competencia en base al Derecho interno no significa que el cónyuge que solicita la disolución del matrimonio se vea privado de la posibilidad de presentar su pretensión ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado si los artículos 3 a 5 no designan otro foro. En efecto, en tal caso, el Reglamento no obsta para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional el demandado sean competentes para conocer de la pretensión de disolución del matrimonio, con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de dicho Estado miembro. Así lo recoge el mismo TJUE en el apartado 87 de la STJUE de 1 de agosto de 2022, *op.cit.*

<sup>32</sup> Habida cuenta del carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5, un demandado que tenga su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de dichos artículos, lo que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de competencia establecidas en el Derecho nacional (vid., entre otras, STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 22; también, STJUE de 1 agosto 2022, *op.cit.*, apartados 84, 85).

<sup>33</sup> Lo explica con loable claridad J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Crisis matrimoniales y la reforma de las reglas domésticas españolas”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2 (2018), 17 pp., disponible en: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/50> [Consulta: 20/10/2022].

<sup>34</sup> Los foros del artículo 3 se encuentran detallados en el próximo epígrafe, segundo párrafo.

20. Los foros de competencia se recogen en el Reglamento 2019/1111 en los artículos 3 al 6<sup>35</sup>. El primero de ellos dedicado a la competencia general, el artículo 4 relativo a la competencia en caso de demanda reconvenional, el 5 dedicado a la determinación de competencia en caso de conversión de la separación judicial en divorcio y, por último, el artículo 6, que recoge la competencia residual y recuerda el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos precedentes (3,4 y 5)<sup>36</sup>.

21. El artículo 3 del Reglamento, que regula la competencia general y en el que nos centraremos, establece una serie de *foros alternativos*, esto es, sin ninguna jerarquía entre ellos<sup>37</sup>: basta con que, habiéndose presentado una demanda ante los tribunales españoles, concurra uno cualquiera de los criterios de conexión de los siete foros de competencia judicial internacional, para que los tribunales españoles sean competentes. Así, según dicho artículo, en los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) *en cuyo territorio se encuentre: i) la residencia habitual de los cónyuges; ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; iii) la residencia habitual del demandado; iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; vi) 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; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.*

22. Vemos que el Reglamento establece normas flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común a la vez que garantiza que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia, esto es, la proximidad del caso y el tribunal competente<sup>38</sup>. Este carácter alternativo lo recuerda también la jurisprudencia del TJUE, entre otras en las SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, de 16 de julio de 2009, *Hadadi*<sup>39</sup> y de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Si bien en el 2201/2003 hay un artículo añadido, el 7, en realidad el contenido es el mismo pues se ha agrupado y reorganizado el contenido de los artículos 6 y 7 en uno solo, el actual artículo 6 dedicado a la competencia residual.

<sup>36</sup> Según este artículo 6: “1. Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. 2. Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5. 3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro”. Volveremos sobre la aplicación de este artículo más adelante.

<sup>37</sup> Y esto así para que, en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), exista una normativa *adaptada a las necesidades específicas* de los conflictos en materia de disolución del matrimonio. STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955], apartado 32.

<sup>38</sup> STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26.

<sup>39</sup> En ese asunto se añade además una interesante cuestión sobre si, teniendo ambos cónyuges la nacionalidad de Estado del tribunal que conoce del litigio y la de otro Estado miembro, el tribunal que conoce debe dar preferencia a la nacionalidad del Estado al que pertenece. El TJUE lo niega, afirmando que los tribunales de ambos Estados podrían ser competentes, añadiendo además que no prevalece ningún foro del artículo 3 sobre los restantes, en concreto que el criterio de la residencia habitual no prevalece sobre el de la nacionalidad. Vid., STJUE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, [ECLI:EU:C:2009:474], apartado 41.

<sup>40</sup> SSTJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, [ECLI:EU:C:2021:955], apartado 32 y de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, [ECLI:EU:C:2016:772], apartado 40; de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, [ECLI:EU:C:2009:474], apartado 48; y de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26. Resulta llamativo que en la redacción de esta última sentencia, tanto en castellano como en francés e inglés, se diga que el Reglamento 2201/2003 “tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio”, cuando se trata de un Reglamento que contiene normas de competencia judicial internacional y no de conflicto, del sector de ley aplicable. M. J. SÁNCHEZ CANO, “Divorcio en España...”, op.cit., p. 911, pº 20, achaca este error al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cieza (Murcia) que, no obstante, en nuestra opinión, probablemente copió el texto de la resolución del TJUE al referirse al Reglamento en cuestión.

23. El artículo 3 (de ambos reglamentos) contiene pues, como vemos, una serie de foros alternativos que giran, en su inmensa mayoría, respecto de la noción de “residencia habitual”<sup>41</sup>, concepto propio del Reglamento que, no obstante, no se delimita ni se define en el texto normativo. Como puede suponerse, su concreción es clave para poder aplicar las normas del Reglamento y determinar pues la competencia ante los casos de separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial, cuestión que en esta contribución nos ocupa. Por último, debemos reseñar que no se incorporan foros de sumisión expresa o tácita, y, a pesar de que ha sido una cuestión discutida por el legislador europeo, la versión actualmente vigente del texto no contempla la prórroga de competencia en materia de crisis matrimoniales, ni siquiera en los divorcios de común acuerdo<sup>42</sup>.

24. A continuación, y antes de analizar los criterios del TJUE en la interpretación de este artículo 3 y, en concreto, de la “residencia habitual”, haremos una breve referencia a las normas de producción interna en la materia.

### 3. Las normas que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales en la ley interna

25. Además de los foros contenidos en el artículo 3, el Reglamento prevé la aplicación residual de las normas de producción internas. En materia matrimonial<sup>43</sup>, esa competencia residual del tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda queda excluida, como se explicó ampliamente *supra*, a propósito del ámbito de aplicación personal del Reglamento, cuando el demandado es nacional o residente habitual de otro Estado miembro o son competentes en virtud del Reglamento autoridades de otro Estado miembro. En caso de que sí se aplique la ley interna, nos remitimos a la LOPJ, artículos 22 y ss. Todo ello, unido a que la práctica totalidad de foros de la ley interna reproducen los del texto europeo, hace que el alcance de aplicación práctica de aquella sea muy limitado.

26. Sintetizando, además de la regla general de competencia basada en el domicilio del demandado (art. 22 *ter*)<sup>44</sup>, el art. 22 *quáter* c)<sup>45</sup>, en una redacción muy criticada, prevé la determinación de la competencia en materia de “relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones”, “siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia”<sup>46</sup>, con foros prácticamente idénticos a los del Reglamento, por lo que no serán aplicables.

<sup>41</sup> El criterio de la nacionalidad no es objeto de análisis en este estudio, si bien presenta cuestiones interesantes. Vid., recientemente, 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*, Octubre 2022, Vol. 14, Nº 2, pp. 1069-1074.

<sup>42</sup> Más información sobre las iniciativas legislativas europeas y del GEDIP en: L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: Auto de la AP de Alicante (Sección 4ª) núm. 331/2020 de 22 de diciembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2022), vol. 14, nº1, pp. 673-683, p. 676.

<sup>43</sup> Porque la solución no es la misma en materia de responsabilidad parental, vid., STJUE de 1 de agosto de 2022, op.cit., apartados 79 y ss, especialmente 88-96.

<sup>44</sup> Aunque de la redacción del 22 *ter* se puede inferir alternatividad con los foros especiales del 22 *quáter* (cuando el demandado tenga su domicilio en España “o” se determine así por alguno de los foros siguientes), la redacción del 22 *quáter* incluyendo “...en defecto de los criterios anteriores”, puede hacer dudar de dicho carácter.

<sup>45</sup> Según el artículo 22 *quáter* c): “En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española”.

<sup>46</sup> Como indican C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO esta exigencia, fuera del marco del artículo de competencia residual del Reglamento UE, es inviable, porque “siempre habrá algún tribunal competente fuera de España, independientemente de la vinculación que pueda presentar con el litigio planteado”. En: *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, p. 503. Esto nos lleva a deducir que se refiere el legislador a ningún tribunal competente de la UE, aunque la referencia, por la primacía de las fuentes europeas y la regulación misma de la competencia residual en el Reglamento, sea innecesaria.

27. Por otra parte, respecto de la sumisión, tras la reforma de la LOPJ en 2015<sup>47</sup>, la nueva redacción del artículo 22 *bis*, queda como sigue: “1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 *quáter*, 22 *quinquies*, 22 *sexies* y 22 *septies*, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos”. En el apartado 3, se añade: “3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”.

28. Esta confusa redacción ha dado lugar a numerosos comentarios e interpretaciones, todos ellos de acuerdo en las deficiencias que presenta. Algunos autores consideran que, de una interpretación conjunta y literal del art. 22 *bis* y 22 *quáter*, no cabría el recurso al foro de sumisión en esta materia<sup>48</sup> -que entendemos posible con anterioridad a la reforma de la LOPJ-, ya que ahora, en el primer inciso del 22 *bis*, se condiciona a “aquellas materias en que una norma expresamente lo permita” y en el artículo 22 *quáter*, a diferencia por ejemplo de la redacción del 22 *quinquies*, solo se contempla en relación a la materia sucesoria<sup>49</sup>. Y todo ello aun reconociendo la falta de justificación de esta limitación en, por ejemplo, divorcios sin hijos menores (y, más allá, en alimentos, por ejemplo). Esta postura respetaría de forma más clara la letra de la ley pero implica asumir varios sinsentidos e interrogantes: el primero, ¿por qué se limita la autonomía de la voluntad en materias clara y tradicionalmente disponibles y teniendo además en cuenta la tendencia, en el marco de la Unión Europea, a ampliar la autonomía de la voluntad de las partes, también en Derecho de familia? ¿Por qué se reforma la LOPJ para dejar sin aplicación por completo la misma -en varias materias, en concreto, en esta- al negar la posibilidad de sumisión que era la única opción que quedaba, ya que el 22 *quáter* c) al contener los mismos foros que el Reglamento, ya no se aplica en esta materia? Por último, la sumisión tácita puede generar mayores dudas y suscitar un “absurdo” adicional, porque, si bien de una lectura e interpretación *literal* del precepto 22 *bis* parece excluirse por el mismo motivo, la lectura combinada de los apartados 1 y 3 podría llevar a confusión<sup>50</sup>, no limitándose en este a ninguna materia específica. Y esto, admitir la tácita<sup>51</sup> y negar la expresa, sin garantizar cautelas específicas como por ejemplo ocurre en materia de consumo, no tiene ninguna lógica.

<sup>47</sup> Que convierte un genérico 22.3 LOPJ en una serie de normas por materias, dedicando el 22 *quáter* c) a las crisis matrimoniales, entre otras y condiciona en el actual artículo 22 *bis* la sumisión expresa a materias “en que una norma expresamente lo permita”.

<sup>48</sup> De crisis matrimoniales. En el mismo sentido, incluyendo sumisión expresa y tácita, vid. C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op.cit., p. 505; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Crisis matrimoniales...”, op.cit., p. ; también: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª edición, Aranzadi, p. 483.

<sup>49</sup> “La problemática se trata de solventar con la referencia a un condicionante implícito basado en un criterio de proximidad, siempre que se trate de un procedimiento de jurisdicción contenciosa en el que haya partes que puedan disponer libremente de sus derechos para llegar a un acuerdo”. Vid., B. CAMPUZANO DIAZ, “La *derogatio fori* en la Ley orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 70/1, enero-junio 2018, Madrid, pp. 155-179, pp. 168-169, nota 63, citando a J.M. ESPINAR VICENTE Y J.I. PAREDES PÉREZ, J. I., op. cit., nota 58, pp. 235-236, y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que señalan concretamente que en base a estos requisitos sí quedarían fuera del ámbito de la sumisión los litigios sobre el estado jurídico de menores, cuestiones vinculadas a la identidad y capacidad de las personas, filiación, y procesos en los que concurren intereses públicos o relativos al funcionamiento de los servicios públicos, en: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16.ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 359.

<sup>50</sup> Y ello porque de entenderse la sumisión tácita limitada a materias en que expresamente se permita, el apartado 3 sería completamente innecesario. Textualmente dice así: “3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia”. Esta regla, en un apartado distinto, parece enunciar una regla general, para todos los supuestos, con independencia de que la competencia resulte de otras disposiciones; si el legislador quería limitarla a aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, ¿para qué lo añade? ¿Solo para hacer la precisión de que la comparecencia para impugnar la competencia no se considera sumisión?

<sup>51</sup> Que consideramos no se produciría en caso de incomparecencia del demandado.

**29.** Otros autores opinan de forma distinta y no descartan los acuerdos de sumisión en relación con las materias comprendidas en el art. 22 *quáter* LOPJ<sup>52</sup>, dado que: 1) Si con esa expresión se quiere remitir a una norma distinta de la misma LOPJ, al no existir aquella, esto llevaría a la conclusión carente de sentido de que no cabe la sumisión a los tribunales, por lo que no se puede interpretar de tal forma<sup>53</sup>; 2) Si el objetivo de la LOPJ es determinar la competencia de nuestros tribunales, ¿para qué remitirse a otra norma para permitir o no la sumisión?<sup>54</sup>; 3) A lo que ha querido referirse el legislador es a que la sumisión solo será posible en aquellas materias en las que no se excluya la misma o se condicione su ejercicio<sup>55</sup>, esto es, por ejemplo, en materias como capacidad de las personas o la filiación donde no sería posible. En este sentido, argumenta B. CAMPUZANO DÍAZ<sup>56</sup> que, el hecho de en el Reglamento 2201/2003 -ni en el 2019/1111- no se contemplen los foros de sumisión, al obedecer a un criterio de política legislativa consistente en que la adopción de esta reforma no se vea afectada por el principio de unanimidad y no a que se consideren inadecuados los acuerdos de elección de foro en relación con esta materia, no excluiría que el divorcio y la separación judicial pudiesen quedar incluidos en el ámbito material de admisibilidad de los foros de sumisión<sup>57</sup>. En este sentido, considerar que sí caben los acuerdos de sumisión en la LOPJ en materia matrimonial, se “saltaría” la literalidad del precepto pero llevaría a un resultado más coherente con el sistema, más lógico y operativo, dejando un limitado pero existente margen de aplicabilidad a la LOPJ en materia matrimonial.

**30.** En definitiva, la redacción de la reforma no ha sido afortunada en absoluto y es difícil cuadrar una interpretación combinada de dichos artículos sin ignorar totalmente<sup>58</sup> la literalidad del 22 *bis* en la que quepan acuerdos de sumisión expresa y tácita en materia de crisis matrimoniales, si bien el resultado de no hacerlo lleva a conclusiones a las que no se encuentra justificación, dado que, como comparte la inmensa mayoría de la doctrina, no se entiende esta limitación a la autonomía de la voluntad en materia de competencia en las crisis matrimoniales, más aún en casos de divorcios de mutuo acuerdo sin presencia de menores donde sería oportuno y deseable considerar ese margen de autonomía de la voluntad a los cónyuges<sup>59</sup>. Si bien, afortunadamente, piénsese que la aplicación práctica de esta polémica

<sup>52</sup> J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ, “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 199–247, p. 235-236, nota 58. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tratado de Derecho internacional privado”, tomo II, Tirant lo Blanch, 2020, p. 296. A. YBARRA BORES lo acepta como posible, manteniendo pues su aplicabilidad este foro frente al Reglamento. El autor añade también como operativo el “referido al demandante español con residencia habitual en España, “el cual no exige plazo alguno de residencia para presentar la demanda”, aunque desde el momento en que transcurrieran 6 meses (si el demandante es nacional español) o un año (si no lo fuera), dejaría de operar este criterio interno al pasar a estar cubierto el supuesto por el artículo 3 del reglamento”, lo cual parece hacer referencia a la versión previa de la LOPJ. Vid., A. YBARRA BORES, “Divorcios transfronterizos y competencia judicial internacional: la doctrina del tribunal supremo español”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 37, Diciembre 2021, pp. 273-313, p. 290.

<sup>53</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “La derogatio fori...”, op.cit., p. 166.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ, “Análisis ...”, op.cit., pp. 232-233; también en: J. M. ESPINAR VICENTE, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley, Unión Europea*, 30 de noviembre de 2015, nº31, pp. 1-6, p. 3.

<sup>56</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, (dirs.), M. HERRANZ BALLESTEROS y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 91-102.

<sup>57</sup> Y cita antecedentes jurisprudenciales en nuestro país en los que se han aceptado los acuerdos de sumisión en relación con esta materia en: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., p. 359, nota 26.

<sup>58</sup> Solución que propone F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, dado que, al resultar imposible imaginarse lo que realmente quiso decir el legislador con esa redacción que lleva al absurdo, lo más oportuno sería simplemente hacer una *interpretatio abrogans* de este apartado. En: “Prorogation of Jurisdiction”, en A. DICKINSON y E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, nota 55, p. 4.

<sup>59</sup> Según L. F. CARRILLO POZO, quien se posiciona a favor de considerar esa demanda de común acuerdo presentada en España a prórroga en favor de nuestros tribunales, “no tiene sentido negar ese margen de libertad cuando en realidad lo que se ha diseñado no difiere en lo básico de la jurisdicción voluntaria”. (p. 683). Vid., un estudio sobre la autonomía de la voluntad en la determinación de la competencia judicial internacional en materia matrimonial: L. F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional...”, op.cit., pp. 673-683.

será muy residual, con contados casos en los que 1) no aplique el Reglamento europeo o, aplicándose, se den las circunstancias en las que se permita el recurso a las normas internas (según las normas de competencia residual de aquél) y 3) se trate de un caso en el que haya sumisión. Ojalá el legislador tome pronto nota de este sinsentido y reformule dichos artículos.

31. Por tanto, y dado el limitadísimo ámbito de aplicación de las normas internas (que será nulo si no se admiten los acuerdos de sumisión, porque el juego de foros del artículo 22 *quáter*, que reproduce el Reglamento, ya no aporta soluciones distintas más allá de aquel), será clave el concepto de “residencia habitual” del Reglamento 2109/1111 para determinar la competencia judicial internacional ante la presentación de una demanda de divorcio, separación o nulidad ante tribunales españoles.

32. Así, se analizarán al respecto las contribuciones de la jurisprudencia del TJUE más relevante, en tanto que aquel es el intérprete de los textos europeos, y, por tanto, del concepto autónomo que consituye la “residencia habitual” en estos Reglamento respecto de las crisis matrimoniales<sup>60</sup>. En segundo término, se pretende analizar críticamente cómo lo han aplicado los tribunales nacionales, con especial detenimiento en algunas resoluciones que se aprecian relevantes, tanto por sus aciertos como por sus errores.

## II. La “residencia habitual” en el Reglamento 2019/1111 y en su precedente, el Reglamento 2201/2003, respecto de las crisis matrimoniales

33. La “residencia habitual”, criterio principal de este artículo 3, no se define en ningún momento en el texto normativo y es un concepto clave en la aplicación del mismo, como puede verse<sup>61</sup>. La doctrina considera, de forma bastante unánime, que el hecho de que no se delimite en la norma es un acto intencionado del legislador para que sean los tribunales los que puedan adaptarse al caso en cuestión, teniendo en cuenta el ámbito del que se trate, siendo distinta la precisión del concepto para Derecho contractual, de familia, de menores o en el ámbito sucesorio, por el tipo de intereses en juego<sup>62</sup>.

34. A falta de tal definición o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de ese concepto, es preciso realizar una interpretación autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del Reglamento, siendo su delimitación esencial para determinar la autoridad competente en los divorcios internacionales. Así lo ha recordado en numerosas ocasiones el TJUE; recientemente, en las SSTJUE de 25 de noviembre de 2021 y de 1 de agosto de 2022<sup>63</sup>, con referencia aquí obligada a la

<sup>60</sup> Recordamos que la jurisprudencia del TJUE respecto del Reglamento 2201/2003 es aplicable respecto del Reglamento 2019/1111 en relación a los conceptos y normas que aquí nos ocupan.

<sup>61</sup> *Vid.*, respecto de la importancia de la residencia habitual en los distintos instrumentos de Derecho internacional privado en materia de familia y sucesiones, K. HILBIG-LUGANI, “Habitual Residence in European Family Law: the Diversity, Coherence and Transparency of a Challenging Notion”, en: K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF Y W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, pp. 249 y ss.

<sup>62</sup> Entre otros muchos, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, Vol. 8, Nº1, p. 62; A. DAVI Y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, Vol. 5, Nº 2, p. 30; L. PÉREZ ANDRÉS, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 657-672, p. 662.

<sup>63</sup> Así, *vid.*, STJUE de 25 de noviembre de 2021, *op.cit.*, pº. 39: “A falta de tal definición en el Reglamento nº 2201/2003 o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y el alcance de ese concepto, es preciso realizar una interpretación autónoma y uniforme, teniendo en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos de dicho Reglamento (véase, por analogía, en lo que respecta a la residencia habitual del menor, la sentencia de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, EU:C:2018:513, apartado 40 y jurisprudencia citada)”. También, *vid.*, STJUE de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20 [ECLI:EU:C:2022:619], pº 43. Recordamos que la jurisprudencia del TJUE referida al mismo concepto del Reglamento precedente al 2019/1111, que es el 2201/2003, es igualmente aplicable al actualmente vigente.

STJUE de 13 de octubre de 2016 (*Mikolajczyk*) : “44. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A C-523/07 , EU:C:2009:225 , apartado 34, y de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 38).”<sup>64</sup>

35. Esta autonomía del concepto implica pues que no debe recurrirse para su interpretación al concepto nacional de “residencia habitual”. Así lo recuerda, entre otras, el TS español en una sentencia clave de 21 de noviembre de 2017<sup>65</sup>, sobre la que volveremos más adelante.

36. Según el TJUE, a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento 2201/2003 -que recordemos, aplica igual al Reglamento 2019/1111-procede considerar que el concepto de “residencia habitual” se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado* y, por otra, *una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad* en el territorio del Estado miembro de que se trate<sup>66</sup>, *y que un cónyuge no puede tener, en un momento dado, más que una residencia habitual*, en el sentido de dicha disposición<sup>67</sup>.

37. Esto es, en la reciente y relevante sentencia de 25 de noviembre de 2021, *cit. supra*, el TJUE indica que un cónyuge puede tener simultáneamente varias residencias, pero solo una “residencia habitual”<sup>68</sup>, debiendo verificarse en esta el elemento subjetivo, que es la voluntad de la persona en cuestión de fijar el centro de tales intereses en el territorio del Estado en cuestión y el elemento objetivo de que exista una presencia suficientemente estable en dicho territorio<sup>69</sup>. En dicha sentencia, el cónyuge demandante, de nacionalidad francesa, trabajaba de lunes a viernes en Francia y su familia -esposa e hijos- residía en Irlanda, adonde aquel iba los períodos no laborables. El TJUE determinó que si bien su residencia habitual podía encontrarse perfectamente en Francia, donde había establecido el centro de intereses profesionales y el individuo tenía conexiones significativas, debería ser el tribunal ante el cual se presentó la demanda el que determinase su única “residencia habitual”, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso<sup>70</sup>. En este sentido, se alinea con su jurisprudencia respecto del mismo concepto

<sup>64</sup> STJUE de 13 de octubre de 2016 (*Mikolajczyk*), as. C- 294/15, [ECLI:EU:C:2016:772], FD 44.

<sup>65</sup> STS 21 noviembre 2017, nº 4113/2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113], FD Quinto, tercer párrafo: “(...) el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no remite a la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno”.

<sup>66</sup> STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *op.cit.*, apartado 57.

<sup>67</sup> *Ibidem*, apartado 51. También, STS de 1 de agosto de 2022, C-501/20, *op.cit.*, apartado 44.

<sup>68</sup> Vid., respecto a la misma: 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*, vol. 14, nº1, 2022, pp. 578-590. También: L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio I: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº1, marzo 2022, pp. 422-443; J. SAGOT-DUVAUROUX, “Précisions sur la notion de résidence habituelle en matière de divorce”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2022, nº 2, pp. 193-200; A. SŁOWIK, “Determination of habitual residence of a spouse under Brussels II bis Regulation”, *Centre d’Études Juridiques Européennes (Actualités)*, nº 41/2021, disponible en: <https://www.ceje.ch/fr/actualites/cooperation-en-matiere-civile-et-en-matiere-penale/2021/12/determination-habitual-residence-spouse-under-brussels-ii-bis-regulation/?s=09> [Consulta: 10/11/2022].

<sup>69</sup> Al respecto de ambos elementos, y sobre esta sentencia, vid., C. FOSSATI, “La residenza abituale nei Regolamenti europei di Diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, nº 2, pp.

<sup>70</sup> Vid., apartados 59-61. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, el tribunal de grande instance de París, consideraba que, al menos seis meses antes de esa presentación de la demanda, IB (demandante) había establecido en Francia una residencia estable y permanente. En efecto, dicho órgano jurisdiccional consideró que los elementos de vinculación de IB con Francia no eran ocasionales o circunstanciales y que, al menos desde el mes de mayo de 2017, IB

en el Reglamento de sucesiones<sup>71</sup>. Algunos autores han criticado el hecho de que el TJUE en dicha sentencia no vaya más allá y ofrezca criterios más específicos para determinar la “residencia habitual” en materia de crisis matrimoniales -como ha hecho en relación a los menores-, dado que se limita a ofrecer los criterios generales válidos igualmente para todos los demás Reglamentos que emplean tal concepto<sup>72</sup>.

**38.** Sintetizando, para el TJUE la “residencia habitual” está donde la persona haya establecido su *centro habitual o permanente de intereses*, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia<sup>73</sup>. A estos efectos no es relevante que se trate de una residencia temporal o el tiempo exacto de permanencia en un determinado lugar. Lo significativo es que la persona tenga allí la mayor parte de sus relaciones sociales, que estas sean significativas<sup>74</sup>, aunque sea por un período de tiempo. El TJUE precisa que el traslado por una persona de su residencia habitual a un Estado miembro refleja la voluntad de dicha persona de fijar en él, con la intención de conferirle un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses y, aunque lleve poco tiempo viviendo allí, podría constituir su residencia habitual<sup>75</sup>.

**39.** Veamos a continuación cómo la jurisprudencia nacional ha aplicado los foros del artículo 3, la previsión de competencia residual y, en concreto, este concepto propio de “residencia habitual” de la reglamentación europea.

### III. Su aplicación reciente por la jurisprudencia nacional: crónica de aciertos y errores

**40.** La mayor parte de las sentencias españolas recientes en la materia, se han hecho eco adecuadamente de estos foros y de este concepto propio de residencia habitual del Reglamento UE, con más luces que sombras. Destacaremos en este apartado las aportaciones más relevantes desde una perspectiva crítica.

**41.** El *carácter autónomo* del concepto de “residencia habitual” en el texto europeo ha sido recogido por múltiples resoluciones nacionales, precisándose que no debe recurrirse al concepto interno

---

había fijado el centro de sus intereses profesionales en Francia. *Dicho esto, el órgano jurisdiccional remitente precisa asimismo que IB no había perdido su residencia en Irlanda, donde conservaba vínculos familiares y pasaba temporadas por razones personales con la misma regularidad que antes. Así, el referido órgano jurisdiccional considera que, de hecho, IB tenía dos residencias, a saber, una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda.* Vid., apartado 36.

<sup>71</sup> Vid., STJUE de 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E.*, [ECLI:EU:C:2020:569], apartado 45. Al respecto: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, vo. 8, n°1, pp. 47-75.

<sup>72</sup> L.A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia...”, op.cit., p. 442, que lo califica de “aportación incompleta”, proponiendo como criterios cualificados deseables: la existencia de una vivienda familiar común que compartan ambos cónyuges, que en la misma residan los hijos comunes o uno de los cónyuges, la edad de los hijos y la dependencia de los padres, los períodos de estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella, los motivos de la estancia común o de su separación en determinados períodos, los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma, los intereses personales diferenciados de cada uno de los cónyuges, y por último, los asuntos patrimoniales que vinculan a ambos cónyuges para el sostenimiento común. También propone el autor otros criterios con menor valor interpretativo como la nacionalidad de los miembros de la familia o el idioma común que hablan, entre otros.

<sup>73</sup> Interpretación alineada con el Informe explicativo, preparado por A. BORRÁS, del Convenio sobre la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Matrimonial, Convenio «Bruselas II» (DO 1998, C 221), convenio que nunca llegó a entrar en vigor. El Informe en cuestión inspiró el texto del Reglamento n° 1347/2000 y también, en consecuencia, el n° 2201/2003, predecesor del n° 2019/1111. Vid., A. BORRÁS, Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 221/27, 16 julio 1998, punto 32, p. 27.

<sup>74</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Solo puede quedar una residencia habitual. La sentencia del TJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, IB vs. FA y el caso del cónyuge que compartía su vida entre Irlanda y Francia”, *Accursio Blog*, 30 enero 2022, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=1435#:~:text=Por%20tanto%2C%20a%20efectos%20del,del%20Derecho%20internacional%20privado%20europeo> [Consulta: 10/10/2022].

<sup>75</sup> Vid., en este sentido, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C497/10 PPU, [ECLI:EU:C:2010:829], apartados 44 y 51.

de “residencia habitual”. Especialmente, destacamos a este respecto el AAP de Tarragona, de 10 de abril de 2015<sup>76</sup>, el AAP Tarragona de 18 de mayo de 2018<sup>77</sup> y la STS de 21 de noviembre de 2017<sup>78</sup>. Esta última será objeto de análisis más adelante dado que se centra específicamente en la determinación de la residencia habitual y sintetiza la caracterización de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento en materia de crisis matrimoniales. También, muy recientemente, el auto de la AP Barcelona, de 22 de octubre de 2022<sup>79</sup>, recogiendo el contenido de la STJUE de 1 de agosto de 2022, comentada *supra*, descarta la aplicación del artículo 40 del Código civil para determinar la residencia habitual porque se trata de un concepto autónomo.

42. Por su parte, el AAP de Tarragona, de 10 de abril de 2015, citando la STS nº 710/2015, de 16 de diciembre, recuerda también acertadamente el *carácter alternativo* de los foros contenidos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, que son controlables de oficio: “basta con que concurra cualquiera de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento para que los Tribunales españoles sean competentes”. Y, respecto de la residencia habitual, la define como un “vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro”<sup>80</sup>.

43. El auto de la AP Barcelona, de 5 septiembre 2018<sup>81</sup>, reconoce la *primacía de los foros del Reglamento* y da la razón a la recurrente, de nacionalidad rusa y residente habitual en España, revocando el auto apelado en el que se había aplicado la LOPJ para determinar la competencia judicial internacional, desestimándola dado que el demandado, nacional ruso también, a pesar de estar en rebeldía lo consideraba el juzgado residente en Rusia. No obstante, es error frecuente, como adelantamos al comienzo, a propósito del ámbito de aplicación del Reglamento europeo en la materia, que los tribunales españoles citen tanto el Reglamento como la LOPJ como fundamento a la competencia, confundiendo al lector sobre la norma que realmente se aplica, con las consecuencias tan importantes que eso conlleva. Así, además de las ya citadas, la SAP Girona de 24 de julio de 2019, afirma que se aplica el Reglamento 2201/2003 *en relación* a la LOPJ<sup>82</sup> (¿?), y la sentencia de instancia, que la competencia está determinada por el Reglamento Bruselas II bis y, *por otro lado* (¿?)<sup>83</sup>, por lo previsto en la LOPJ, expresiones ambas desafortunadas que denotan un desconocimiento de la primacía y suficiencia de las fuentes supraestatales de la UE que determinan la competencia judicial internacional en esta materia. Nos remitimos aquí a los errores judiciales en la interpretación del ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos, expuestos *supra*, en el epígrafe I.

44. Recurre el AAP Barcelona, de 5 septiembre 2018 a la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE 16 de julio de 2009, *Hadadi*, as. C 168/08 y de 13 de octubre de 2016, *Mikolajczyk*, asunto C 294/15 y de noviembre de 2007, *Sundelind López*, as. C 68/07) para recordar el *carácter alternativo de los foros del artículo 3* en materia de disolución del vínculo matrimonial, que no pretende excluir las competencias múltiples, y para precisar que tanto el apartado 1, letra a), quinto guión, como el apartado 1, letra a), sexto guión permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris*, regla que también es aplicable cuando ambos litigantes son extranjeros, si uno de ellos vive en España, como es el caso. De esta interpretación también se hacen eco acertadamente las siguientes resoluciones: SAP de Barcelona, de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:13088), AAP de Barcelona, de 20 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:7521A); y recalando que es *intrascendente la nacionalidad de los cónyuges*, las

<sup>76</sup> AAP Tarragona 10 de abril de 2015, nº 440/2015 [ECLI:ES:APT:2015:440].

<sup>77</sup> AAP Tarragona de 18 de mayo de 2018, nº 515/2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A]: “ (...) el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no resulta identificable con la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno español”. Vid., FD 2, p. 3.

<sup>78</sup> STS 21 noviembre 2017, nº 4113/2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113].

<sup>79</sup> AAP Barcelona de 22 octubre 2022, [ECLI:ES:APB:2022:1774A], FD 1, 2º párrafo.

<sup>80</sup> *Ibidem*, FD 2.

<sup>81</sup> AAP de Barcelona, de 5 septiembre 2018, nº 487/2018, [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

<sup>82</sup> SAP de Girona 24 julio 2019, [ECLI:ES:APGI\_2019\_1064], FD 2.

<sup>83</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº7 de Figueras, de 14 de diciembre de 2018 autos de divorcio contencioso 69/2016, citado por L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia...”, *op.cit.*, p. 2, nota 2 y p.670, nota 70.

sentencias de la AP Barcelona de 31 de marzo de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:10694], de 23 de julio de 2015 [ECLI:ES:APB:2015:8046] y el auto de 7 de marzo de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:605A].

45. Por su parte, también la SAP Girona de 22 de abril de 2015, en materia de divorcio entre un nacional portugués -demandado- y una nacional hindú, reconoce la *primacía de los foros del Reglamento* frente a las normas internas y valora muy positivamente la flexibilidad que otorga la redacción del artículo 3 y el concepto no delimitado de “residencia habitual”, afirmando y recordando que permiten *foros flexibles, realistas y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial. Generan un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada*<sup>84</sup>. Igualmente, alineándose con la STS de noviembre de 2017, afirma que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, “de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en el que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el *lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional*, de la persona”. En este caso, el tribunal considera que basta con que el volante de empadronamiento presentado no se haya impugnado en modo alguno para considerar que la persona tenía su residencia habitual en España<sup>85</sup>.

46. A este respecto, convendría recordar que los tribunales españoles estimarán su competencia judicial internacional si hay un foro de Derecho europeo o español que se la reconozca con independencia de la actitud procesal de las partes, como lo recuerda nuestra propia jurisprudencia<sup>86</sup>. En este sentido, si bien es cierto que es una cuestión controlable de oficio, en cualquier momento del procedimiento, y que es independiente de la actitud de las partes, no sería razonable exigir a los tribunales una investigación más allá de los datos que aportan aquellas si existen indicios, como este del empadronamiento, de residencia habitual en nuestro país, que además no son controvertidos. Y esto aun cuando el empadronamiento no es más que un principio de prueba y se estaría otorgando, en ausencia de más datos, fuerza de realidad sustancial al mero formalismo del empadronamiento.

47. En este sentido, la SAP de Palma de Mallorca de 20 diciembre 2016<sup>87</sup>, considera que “(...) si bien se ha traducido en la alzada la documentación relativa al contrato de arrendamiento de 1 de enero de 2012, lo cierto es que la existencia de un contrato de arrendamiento en Alemania no desvirtúa el hecho de que el actor tuviera su domicilio en el lugar en el que el Ayuntamiento de Palma certifica su empadronamiento durante el año anterior a la interposición de la demanda”<sup>88</sup>. Y esto en contra de las alegaciones de la parte apelante, que insistía en que “...el empadronamiento no acredita la residencia de una persona, pues nadie acude a cancelar un empadronamiento en el ayuntamiento al mudarse al extranjero” y hacía alusión a la realidad sustancial del concepto de “residencia habitual” por encima del formal: “Entendemos, que el contrato de arrendamiento de vivienda en todo caso acredita de manera más efectiva la realidad de una situación que es la de que con posterioridad al matrimonio se mudaron a Alemania y fijaron su domicilio conyugal”. No obstante, la AP consideró -en nuestra opinión con escasa fundamentación e insuficiente contraargumentación a la alegación entrecomillada a comienzos de este párrafo-, que el contrato de arrendamiento -no se hace referencia a otros datos que pudiesen establecer la residencia habitual con más fundamento- no era suficiente para desvirtuar tal empadronamiento. Y es que el empadronamiento por si mismo es un “principio de prueba”, aunque no es prueba suficiente ni automática de que sea tal lugar la residencia habitual de un sujeto, como bien lo recordarán posterior-

<sup>84</sup> SAP Girona de 22 abril 2015, nº256/201, [ECLI:ES:APGI:2015:256], FD 2.

<sup>85</sup> “(...) el actor presentó un volante de empadronamiento en el que se hace constar que está inscrito en el padrón de habitantes del Ayuntamiento de El Vendrell y en el mismo domicilio desde el año 2005. Este documento, que no ha sido impugnado de modo alguno en el procedimiento, es suficiente para justificar que el actor tenía su residencia habitual en territorio español”. Vid., *Ibidem*, FD 2, último párrafo, p. 3 *in fine*.

<sup>86</sup> SAP Gijón de 5 mayo 2016, 196/2016, *cit.*, *supra* [ECLI:ES:APO:2016:1443] y AAP Barcelona de 25 julio 2008 [ECLI:ES:APB:2008:5168A].

<sup>87</sup> SAP de Palma de Mallorca, de 20 diciembre de 2016, 2199/2016, [ECLI:ES:APIB:2016:2199].

<sup>88</sup> *Ibidem*, FD 3, *in fine*.

mente el AAP de Barcelona de 20 octubre de 2017<sup>89</sup> y la STS de 21 noviembre de 2017<sup>90</sup>, *vid. infra*, y, previamente, el AAP de Barcelona de 8 de abril de 2011<sup>91</sup>.

48. A este respecto merece la pena detenerse, por su claridad y acierto, en el AAP Lleida de 9 de septiembre de 2021<sup>92</sup>, en el que se afirma que la “inscripción en el padrón municipal de habitantes” de un municipio español no supone, automáticamente, que dicho sujeto tenga su residencia habitual en España (STS CA 11 noviembre 2009, STS 14 septiembre 2009, STS CA 8 marzo 1983, STS 10 junio 1966, STS 4 mayo 1977, STS 15 noviembre 1991, STS 30 enero 1993, SAP Madrid 5 julio 2002)”. La Sala añade que la tradicional “falta de definición” de la “residencia habitual” se explica *porque dicho punto de conexión fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el “domicilio”* porque “cada Estado tiene su concepto de domicilio y las diferencias entre el “concepto continental” de “domicilio” y el “concepto anglosajón” del mismo son muy acentuadas”. Así, los textos internacionales optaron, en lugar de proporcionar otro concepto más de “domicilio” o de que este se definiera según el Derecho nacional del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del asunto, por emplear la “residencia habitual” sin definirla, debiendo ser concretada “caso por caso”<sup>93</sup>.

49. La Audiencia recuerda pues que es el *lugar donde radica el “centro de vida de la persona”* (“le centre de vie de l’intéressé”). Ahora bien, el modo de concretarlo varía según la materia e instrumento legal considerado, porque depende del fin del mismo y de los intereses que se protegen en cada caso. De ese modo, en la legislación de la UE la residencia habitual se concreta de una manera distinta en el ámbito de la protección de menores (Reglamento 2201/2003) y de otra manera en los contratos internacionales (Reglamento Roma I) o en los ilícitos extracontractuales (Reglamento Roma II), en el divorcio (Reglamento 1259/2010) o en el ámbito sucesorio (Reglamento 650/2012)<sup>94</sup>.

50. Por ello, el tribunal debe siempre comprobar, *teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto*, cuál es el centro de la vida o intereses del sujeto, más allá de lo que conste en el padrón o registros públicos. Es pues una cuestión sujeta a prueba procesal, como recuerda y realiza la SAP Gijón de 5 de mayo de 2016, *cit. supra*. Esta sentencia, no obstante, al referirse al “centro de intereses con carácter estable” hace referencia al art. 40 Cc y al concepto interno y su interpretación por la jurisprudencia nacional<sup>95</sup>, sin mencionar ni tener en cuenta la autonomía del concepto al aplicar el Reglamento 2201/2003. Ahora bien, basándose en los detalles del caso, sí va más allá del domicilio administrativo para determinar que la residencia del cónyuge en cuestión está en España. Y esto así a pesar de que el demandante tenía un permiso de residencia renovado en Dubai (por razón del negocio que mantiene allí): “ni objetivamente atendiendo al tiempo de permanencia en España, puede así afirmarse [*que tenga la residencia en Dubai, se refiere*], ni subjetivamente, teniendo en cuenta que, no solo el centro de su actividad profesional lo constituye España, sino que, además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que ello pueda explicarse con el argumento

<sup>89</sup> AAP Barcelona del 20 de octubre de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A]

<sup>90</sup> FD 3: “(...) Ninguna de las dos [*refiriéndose al permiso de residencia y al registro consular*] sirve sin embargo para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges.

<sup>91</sup> AAP Barcelona, de 8 abril 2011, FD 3º, p. 3 [ECLI:ES:APB:2011:2097A] No del todo clara en su redacción, da a entender que el hecho de que el demandado retornase a Argentina dos meses antes de la presentación de la demanda, con independencia de la realidad del padrón, no permite inferir la residencia habitual común en España: “Si bien España constituyó la residencia habitual de los cónyuges, según certificación del Padrón Municipal, dejó de serlo en el momento de la interposición de la demanda, dado que la misma se presentó el 16 de septiembre de 2009, cuando el 2 de junio del mismo año causa baja el demandante y familia en el domicilio de Sant Joan Despi, para retornar el actor a Argentina. En su consecuencia no se da la circunstancia de que aún resida en España;”

<sup>92</sup> AAP Lleida de 9 de septiembre de 2021, Sección 2ª, Nº 446/2021, [ECLI:ES:APL:2021:466A].

<sup>93</sup> Esta argumentación la vuelve a recoger la Audiencia en el AAP Lleida de 5 de abril de 2022, nº255/2022, FD 2, [ECLI:ES:APL:2022:357].

<sup>94</sup> *Ibidem*, FD 2, párrafo 5º.

<sup>95</sup> SAP Gijón, de 5 de mayo de 2016, nº 1443/2016, [ECLI:ES:APO:2016:1443], FD 3.

de que se trata de simples estancias estacionales o vacacionales, pues lo cierto es que se constata que las mismas se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo”.<sup>96</sup>

**51.** Respecto a la aplicación de las normas relativas a la competencia residual, recientemente, el AP Barcelona, de 22 de octubre de 2022<sup>97</sup>, incorporando la respuesta del TJUE en su sentencia de 1 de agosto de 2022 a su cuestión prejudicial, recuerda acertadamente que, ante un divorcio entre una española y un portugués con residencia habitual en Togo, y no siendo competentes según el Reglamento 2201/2003 los tribunales españoles, no procede aplicar las normas españolas de producción interna, sin que pueda pues recurrirse a la LOPJ en lo que al divorcio se refiere<sup>98</sup>. Afirma la SAP de Asturias de 16 de julio de 2009<sup>99</sup>, respecto de disolución matrimonial entre italiano y española casados en Gibraltar, que al tener la demandada su domicilio en España, dato que no es controvertido, se considera circunstancia bastante para “determinar la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con lo establecido en el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 3 del Reglamento de la Comunidad Europea nº 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”.

**52.** Por último, analizaremos la STS de 21 de noviembre de 2017<sup>100</sup>, ya citada *supra*, que precisamente aborda el caso ya juzgado en segunda instancia en la SAP Gijón de 5 de mayo de 2016, *cit. supra* en el párrafo 50. Esta sentencia de nuestro Alto Tribunal resulta de especial interés porque sintetiza la caracterización de los foros de competencia en materia de crisis matrimoniales del Reglamento 2201/2003, la relación entre ellos y porque contiene argumentación clave en torno a la determinación de la “residencia habitual”, cuestión que nos ocupa. Además, también aborda la misma aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 al caso y las relaciones que mantiene dicho instrumento con nuestras normas internas de competencia judicial internacional (en concreto, el artículo 22.3 LOPJ).

**53.** En el caso, un marido de nacionalidad española interpone una demanda de divorcio ante los tribunales españoles por contra su esposa, una mujer con doble nacionalidad egipcia y británica. Esta rechazó la competencia de los tribunales españoles en base a la residencia habitual del marido, que ella consideraba establecida en Dubai, y alegó la de los tribunales de Dubai, donde no obstante no realizó actuación procesal ninguna, mientras que el marido defendía que su residencia habitual se encontraba en España.

**54.** Tras dos instancias que dieron la razón a este último, el caso llegó al TS a instancias de la mujer que interpuso sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación. Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

<sup>96</sup> *Ibidem*, FD 3 in fine.

<sup>97</sup> AAP Barcelona de 22 octubre 2022, [ECLI:ES:APB:2022:1774A], FD 2, 2º párrafo.

<sup>98</sup> A distinta conclusión llega la Sala respecto del art. 14 del Reglamento, relativas a la responsabilidad parental: “En este sentido, el TJUE permite la aplicación de las normas de competencia del Derecho interno cuando conforme a los arts. 8 a 13 del Reglamento ningún Estado miembro sea competente para conocer de las medidas de responsabilidad parental, es decir, puede fundar su competencia en las normas de Derecho interno apartándose del criterio de proximidad del Reglamento. En materia de responsabilidad parental no es aplicable el art. 6. Entiende posible en el Reglamento la fragmentación de las normas de competencia para el divorcio (no cabe aplicación de normas internas de competencia) y para la responsabilidad parental (sí cabe aplicación de normas internas de competencia) y que ello no es contrario al interés del menor. Aplicando el art. 22 quáter, apartado d) de la LOPJ que establece que los Tribunales españoles serán competentes en materia de relaciones paterno- filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el demandante sea español, procede declarar la competencia del Tribunal español para las medidas de responsabilidad parental de los hijos menores de edad. Así lo han entendido también las partes en el traslado conferido para alegaciones”. *Vid.*, *ibidem*, FD 2, párrafos 3 y 4.

<sup>99</sup> SAP de Asturias de 16 de julio de 2009, nº 270/2009 [ECLI:ES:APO:2009:1863].

<sup>100</sup> *Vid.*, G. PALAO MORENO, “La residencia habitual como criterio de jurisdicción en materia de divorcio en el Reglamento Bruselas II bis. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 2017”, *Crónica de Derecho internacional privado*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, nº1, pp. 9-14; E. C. TORRALBA MENDIOLA, “La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio: Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 106, 2018, pp. 453-478;

- 1) Por infracción de art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -por inaplicación-, al atribuir la competencia a los tribunales españoles en aplicación del art. 3 del Reglamento 2201/2003. La esposa (recurrente) considera que los tribunales españoles no son competentes por aplicación del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 porque, dado que los esposos no tienen la misma nacionalidad ni tampoco residencia común en España, procede la aplicación de la LOPJ conforme a la cual, los tribunales españoles tampoco serían competentes (redacción vigente en el momento de la presentación de la demanda) porque en el caso, también sería presupuesto necesario que el esposo tuviera su residencia en España, lo que entiendo no sucede.
- 2) Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. Por su parte, el motivo del recurso de casación fue la infracción -por indebida aplicación-, del artículo 40 del Código Civil, en relación al artículo 3 del Reglamento 2201/2003, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación de dicho precepto en lo que se refiere al concepto de residencia habitual.

**55.** El TS desestimó ambos recursos. En relación al segundo, determinó que no es motivo propio del recurso de casación el discrepar con la valoración que de todos esos hechos -que no se discuten-. Esto es, que no puede impugnarse mediante este recurso la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia (respecto a que el demandante tenía su residencia en España). Respecto del primero, recordó la Sala que es una materia que podría analizarse de oficio y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros del Reglamento ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna.

**56.** Además, respecto a la interpretación y aplicación de las normas de competencia judicial internacional citadas, el TS hizo las siguientes afirmaciones, consolidando aspectos claves en la aplicación del artículo 3 del Reglamento europeo:

- a) Que no es aplicable la LOPJ porque es aplicable el Reglamento 2201/2003, lo que concluye el tribunal tras analizar los artículos 6 y 7 del instrumento europeo y analizar la cuestión determinante acerca de la residencia habitual del esposo *ex* artículo 3.1, a) (FD 3.3, punto 3º)<sup>101</sup>.
- b) Que los foros del art. 3 del Reglamento son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos: basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes, sin que se pretenda excluir las competencias múltiples (citando STS 710/2015 de 16 de diciembre de 2015 y STJUE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08 [ECLI:EU:C:2009:474], apartados 48 y 49).
- c) Puesto que la demanda la interpuso el marido, de nacionalidad española, la cuestión se centra, *ex* art. 3 del Reglamento, en determinar si aquel había residido en España al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. Añade el Tribunal Supremo con acierto (FD 3.3, punto 6º), que el empleo de este *forum actoris* es perfectamente previsible y aceptable en este supuesto, salvaguardando el principio de proximidad razonable.
- d) El reproche que formula la recurrente en el sentido de que puede fomentar el *forum shopping*, no es motivo suficiente para dejar de aplicar el art. 3 conducente a la determinación de la competencia en favor de los tribunales españoles, máxime cuando esto no resulta imprevisible para la esposa, ni cuando aquellos no están escasamente vinculados con el supuesto y, en consecuencia, no se produce una vulneración de la tutela judicial efectiva (FD 3.3).

<sup>101</sup> Al respecto, según G. PALAO MORENO, la aproximación resulta en principio acertada -citando al respecto la jurisprudencia del TJUE en el as., ya citado, *Sundelind López* -, pero este debería haber recurrido directamente a lo establecido en el precepto anterior -esto es, el 6 “competencia exclusiva”-. “En consecuencia, tendría que haber sido su artículo 6 el finalmente empleado, para llegar a la conclusión de que el tribunal español resultaría competente a la luz de los foros incluidos en los artículos 3 a 5, pero no lo podría ser en virtud de las normas de competencia judicial internacional contenidas en la LOPJ -por el carácter exclusivo de los primeros-, en tales circunstancias. Vid., G. PALAO MORENO, “La residencia habitual...”, *op.cit.*, p. 10.

- e) Ha quedado acreditado tanto que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España como que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones en la denuncia penal que interpuso contra su marido en mayo de 2015 (diligencias ya sobreesádas).
- f) El concepto de “residencia habitual” ha de ser objeto de una *interpretación autónoma y uniforme* para todos los Estados miembros y que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, “*el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia*”, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales [citando sentencias del tribunal de casación italiano: *Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 3680; Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328*]. Además, añade, esta residencia habitual a la que se refiere el Reglamento *no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar* (citando la sentencia de la *Cour de cassation française, Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951*).
- g) Por tanto, la residencia habitual del marido en España, determinada porque es donde realiza su principal actividad empresarial y donde pasa la mayor parte del tiempo y tiene mayores vínculos, no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, “*pues ese dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino solo en sentido formal y administrativo*”. Al respecto, iguala el TS el estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el Extranjero.

57. Esta sentencia ha sido aplaudida por la doctrina y su abordaje de las cuestiones esenciales de Derecho internacional privado es, como se ha visto, claro y didáctico, algo muy de agradecer a la vista de todas las resoluciones judiciales nacionales analizadas.

58. Nos centramos a continuación en analizar una resolución reciente de la Audiencia Provincial de Santander, en la que, por una parte, se aplican correctamente las últimas precisiones del TJUE respecto de la “residencia habitual” en el marco del Reglamento europeo, que no puede ser múltiple, como ya vimos, y, por otra, se constatan algunos errores en la aplicación de las normas europeas y una fundamentación insuficiente, a nuestro juicio, de la “residencia habitual”, clave en el fallo de la resolución.

#### **IV. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022 y el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021**

59. El auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Segunda, de 4 de mayo de 2022<sup>102</sup> desestima un recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa que declaró su incompetencia para el conocimiento de una demanda de divorcio entre dos cónyuges de nacionalidad rumana en auto de 15 de diciembre de 2021. Analizaremos este en primer lugar para, con posterioridad, comentar el fallo de la AP y hacer algunos comentarios generales.

##### **1. El auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Reinosa de 15 de diciembre de 2021**

60. El auto que nos ocupa es un documento brevísimo que bien puede ser transcrito literalmente para ser comentado. Los fundamentos de hecho se limitan a dos. El primero, literalmente, dice así<sup>103</sup>:

<sup>102</sup> AAP Santander 178/2022, de 4 de mayo de 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

<sup>103</sup> Se han corregido del documento original faltas de puntuación para facilitar la lectura.

“Se presentó ante este juzgado de Primera instancia demanda de divorcio por Dña. Lorenza, con domicilio en esta ciudad de Reinosa frente a Constantino, con domicilio en Rumania, donde también estuvo el último domicilio común”. En el segundo se afirma que, “examinada la competencia territorial por la Letrado de la Admón de Justicia, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la competencia de este juzgado para conocer del asunto (...)”.

**61.** Por su parte, son dos los fundamentos de Derecho. El primero transcribe el artículo 58 LEC literalmente, que establece el proceder “cuando la competencia territorial viniere fijada por reglas imperativas”. El segundo, más relevante, dice textualmente lo siguiente: “En el presente supuesto, y como indica el Ministerio Fiscal, ninguno de los foros competenciales que aparecen en el artículo 8 del Reglamento 1259/10, artículo 3.1.a del Reglamento nº2201/03 del Consejo Europeo, ni el artículo 22 quater de la LOPJ, indican la competencia de este Juzgado. No se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja, deduciéndose de lo actuado que no existe domicilio fijo común.” En consecuencia, en la parte dispositiva, se declara no ser competente para el conocimiento del asunto.

**62.** Empezando por las normas que aplica el auto, llama poderosamente la atención el escaso conocimiento del Derecho internacional privado cuando cita, en el análisis de las bases jurídicas para determinar su competencia – internacional, que no “territorial”-, en primer lugar el Reglamento 1259/2010<sup>104</sup>, del sector de ley aplicable, y su artículo 8, que contiene exclusivamente normas de conflicto y no “foros competenciales”, como reza el auto. También sorprende, más allá de errores terminológicos como referirse al “Consejo Europeo”, y no al “Consejo de la Unión Europa”, -que no es lo mismo dado que el primero no tiene una función legislativa, entre otras diferencias-, que solo se refiera al art. 3.1.a) del Reglamento y seguidamente al artículo 22 *quáter* de la LOPJ, sin considerar: 1) que existen normas de competencia residual en el Reglamento (artículos 6 y 7 del Reglamento 2201/2003, *vid. supra*) y que solo podrá acudir a la norma interna si aquellas lo permiten, algo que en este caso no sería posible porque el demandado tiene nacionalidad de Rumanía, Estado miembro, y porque hay otros tribunales de un Estado miembro (Rumanía) eventualmente competentes por la nacionalidad común de los cónyuges o por el domicilio del demandado -entre otros posibles criterios-, por lo que no es posible en ningún caso acudir a la LOPJ para fundamentar la competencia, norma que, por tanto, ni siquiera debería ser nombrada,; 2) de obviar lo anterior, debería haber considerado al menos la LOPJ en su conjunto (esto es, no limitándose al 22 *quáter* que difícilmente podrá ser aplicada en un caso de divorcio internacional), debiendo considerar otros foros como el de la eventual sumisión tácita de las partes a los tribunales españoles -polémica, como hemos visto-. Todo ello, además, sin considerar ni mencionar los ámbitos de aplicación respectivos de los instrumentos de la UE de cara a aplicarlos -y por tanto a considerar sus foros de competencia- o no. En definitiva, un párrafo que denota un gran desconocimiento del Derecho internacional privado.

**63.** Seguimos comentando el auto para referirnos a la ausencia total de referencias al concepto de “residencia habitual” que, obviamente, si partimos de que no se ha analizado el ámbito de aplicación de Reglamento 2201/2003 aplicable al caso y de que no se sitúa el juzgador en este marco de la norma europea, entendemos considera irrelevante. Se refiere el auto en todo momento a “domicilio”, estableciendo lo siguiente: en los fundamentos de hecho, establece que Dña. Lorenza tiene su domicilio en Reinosa (Cantabria) y que Constantino lo tiene en con en Rumanía, donde también estuvo el último domicilio común. Por su parte, en el FD 2º, añade que “no se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja, deduciéndose de lo actuado que no existe domicilio fijo común”. Al respecto entendemos que se refiere el Juzgado al concepto interno de “domicilio”, equiparable a la “residencia habitual” *ex art. 40 Cc* pero que no equivale necesariamente al concepto autónomo de “residencia habitual” del Reglamento 2201/2003.

<sup>104</sup> Reglamento (UE) nº 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 nº 343, de 29 de diciembre de 2010.

64. Por tanto, hay una insuficiente fundamentación dado que no se entiende por qué, si se considera en los hechos que el domicilio de la demandante está en Reinosa, aun desconociéndose si en dicho lugar han tenido un domicilio común o no, no puede aplicarse el foro del art. 3 del Reglamento 2201/2003 -artículo que cita el auto en su FD-relativo a la residencia habitual de la demandante si hubiera residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. No se menciona tiempo de residencia en España -dato que habría sido fundamental para entender su fallo- ni ningún otro que pudiera servir para establecer la residencia habitual de las partes, porque, aunque estando bajo el supuesto -erróneo- de un Reglamento inaplicable este razonamiento carecería de sentido, entendemos que podría pensar el tribunal en aplicar el mismo foro de la LOPJ -o descartarlo- para “cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda”.

65. Resulta ahora interesante pasar a analizar el contenido del auto de la AP por cuanto los datos que contienen nos pueden servir para profundizar en el análisis de este auto de origen y considerar datos que, aunque obviados en el auto -erróneamente, a nuestro juicio, porque llevan a una insuficiente motivación cuando se está denegando el acceso a nuestra justicia-, probablemente constasen en autos y sirviesen al juez para descartar el foro de la residencia habitual de la demandante, algo que debería quedar, insistimos, justificado en la resolución y no sujeto al margen de deducción de las partes o de los ciudadanos.

## 2. El auto de la AP Santander de 4 de mayo de 2022

66. En primer lugar, y antes de comenzar a analizar los aspectos relativos a la determinación de la residencia habitual, concepto en torno al cual gira la inadmisión de la demanda, es importante señalar que la Audiencia, mejorando al menos el auto de origen, aplica a la cuestión de la competencia judicial internacional – ya no la “competencia territorial” que menciona aquella- el Reglamento 2019/1111, que afirma está en vigor desde el 22 de julio de 2019, en concreto el artículo 3 del mismo<sup>105</sup>. No obstante, nótese que, según el artículo 105 del Reglamento 2019/1111, si bien este entró en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE (esto es, el 22 de julio de 2019), no comenzó a aplicarse hasta el 1 de agosto de 2022 (a excepción de los artículos 92, 93 y 103 que no son aplicables al caso)<sup>106</sup>, fecha relevante de cara a su aplicación por los tribunales. Por ello, la Audiencia debería haber basado su resolución en el Reglamento 2201/2003, errando en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111 -ya que este solo se aplicará a las acciones judiciales iniciadas a partir del 1 de agosto del 2022-, si bien al menos acierta en acudir en primer término a las normas supranacionales de la UE y no citando en paralelo otros Reglamentos ni normas internas.

67. Por otra parte, como ya hemos analizado, el artículo 3 contiene una serie de foros alternativos, por lo que bastará con que se dé el criterio de conexión de alguno de ellos para que los tribunales españoles puedan ser competentes conforme al Reglamento. De no resultar competentes en base a ellos, no bastaría, como hace la sentencia, en declarar sin más la incompetencia de los tribunales españoles, sino que se debe explorar si es posible determinar la competencia en base a los foros de competencia residual, que la resolución de la Audiencia ni siquiera menciona. En este caso, al ser el demandado nacional rumano, esto es, ciudadano de otro Estado miembro, no podría recurrirse a la LOPJ<sup>107</sup> -además

<sup>105</sup> Recordamos, con foros similares a los del Reglamento 2201/2003, excepto por la referencia al “domicile”, vid. *supra*, epígrafe I, que con el nuevo reglamento se hace en el artículo 2.3 de manera genérica para todo el articulado.

<sup>106</sup> Vid, art. 105 del Reglamento 2019/1111.

<sup>107</sup> Habida cuenta del carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5, un demandado que tenga su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro solo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de dichos artículos, lo que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de competencia establecidas en el Derecho nacional (vid., entre otras, STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 22; también, STJUE de 1 agosto 2022, op.cit., apartados 84, 85).

es evidente que existen, a tenor del domicilio del demandado en Rumanía, tribunales de otros Estados miembros de la UE que sí podrían ser competentes en el presente supuesto -. Por ello, teniendo en cuenta que los art. 4 y 5 (para determinar la competencia en casos de demanda reconvenional y conversión de separación judicial en divorcio) no aplican al caso, si ninguno de los foros del artículo 3 dieran la competencia a los tribunales españoles, se declararían entonces incompetentes, en un íter de razonamiento de acuerdo a la jerarquía normativa que la resolución de la Audiencia no menciona.

**68.** Así pues, dado que no existe ya residencia habitual *común* en España (apartado i), que la residencia habitual del demandado se ubica en Rumanía (apartado iii), que no se trata de una demanda conjunta (apartado iv), que ninguno de los dos tiene nacionalidad española (apartados vi y b), las únicas posibilidades para otorgar a los tribunales españoles la competencia judicial internacional serían: i) que pueda determinarse que España fue el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, y que sigue siendo el lugar de residencia habitual de la demandante; o bien, que la demandante haya residido en España durante al menos un año antes de la presentación de la demanda y pueda considerarse que tiene en este país se residencia habitual.

**69.** En este sentido, la Audiencia Provincial de Santander lo niega, sin distinguir en su razonamiento estos dos supuestos (ya que su argumentación en el fundamento tercero parece referirse solo a la residencia habitual de la demandante, sin fundamentar por qué no es cierta la alegación de la parte demandante de que en España estaba la última residencia habitual común<sup>108</sup>) en base a dos líneas de argumentación:

**70.** 1) *Los hechos del caso no permiten considerar que la residencia habitual de la demandante pueda estar en España.* Dado que el concepto de “residencia habitual” refleja esencialmente una cuestión de hecho (STJUE 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU, [ECLI:EU:C:2017:436], apartado 51), corresponde al órgano jurisdiccional comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso de autos, si el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto corresponde al lugar en el que se sitúa la residencia habitual del demandante, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guión, del Reglamento n° 2201/2003, actual Reglamento 1111/2019<sup>109</sup>.

**71.** Respecto de los hechos del caso, la Audiencia recoge en su resolución los siguientes: La pareja, de nacionalidad rumana, tiene tres hijos nacidos en Rumanía y de nacionalidad rumana. El domicilio familiar -cuya asignación de uso se interesa en la demanda por la demandante- se encuentra en Rumanía, si bien, según recoge el fundamento jurídico segundo, la residencia y el empadronamiento de los esposos se encuentra en España “*debido al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo*”.

**72.** Según la Audiencia, de todo ello “se desprende que un cónyuge que pretenda invocar el criterio de competencia sustentado en la residencia habitual debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia habitual y, por tanto, por una parte, haber manifestado la voluntad de establecer el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro y, por otra, haber demostrado que su presencia en el territorio de ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad. En este caso, 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*

<sup>108</sup> Recordamos que en el auto de origen afirmaba el juez que “No se conoce si la localidad de Reinosa ha sido sede del domicilio común y habitual de la pareja”. Y que en el FD primero de la sentencia de la AP se afirma: “Se alega por la actora que en España estuvo la última residencia habitual de los cónyuges y sigue siendo su actual residencia, por lo que queda así establecida la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con los criterios que establece la normativa europea.”

<sup>109</sup> Vid., por analogía, las sentencias de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, [ECLI:EU:C:2009:225], apartado 42, y de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, [ECLI:EU:C:2018:513], apartado 41.

*la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconocimiento de otra distinta “residencia habitual” en España -que ostenta únicamente por razón del trabajo temporal que aquí desempeña - a los efectos previstos en el art. 3 del Reglamento 2019/1111”<sup>110</sup>.*

73. 2) *Con independencia de que pudiera considerarse también que un cónyuge ha tenido o tiene otra residencia en España, siguiendo con la jurisprudencia del TJUE, la Audiencia recuerda acertadamente que un sujeto no puede tener más de una residencia habitual en el momento de presentación de la demanda (FD 2, 2º punto), citando la STJUE de 25 noviembre de 2021, cit. supra. Y que por tanto, dado que según la Audiencia, el “centro de sus intereses habitacionales permanentes” se encuentra en el domicilio familiar en Rumanía, donde pretende vivir la demandante con su hija menor, no puede considerarse otra residencia habitual distinta a aquélla.*

74. Por todo ello, el auto de la Audiencia Provincial de Santander objeto de análisis desestima el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia que declaró su incompetencia para el conocimiento de la demanda de divorcio.

75. Sin duda, a la vista del razonamiento empleado y de los datos del caso, la concreción de la residencia habitual resulta clave a la hora de estimar o desestimar el recurso y, con él, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y el consecuente acceso a la justicia española de la demandante. Al respecto, la resolución no recoge ni analiza más circunstancias fácticas del caso que pudieran constar en autos ni distingue en el análisis entre la “última residencia habitual común” y la “residencia habitual de la demandante” -de cara a aplicar un foro u otro- y concluye con esta redacción: “(...) 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 (...)”. Dedicaremos los siguientes párrafos a analizar esta afirmación a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

76. Recordamos que, según la jurisprudencia del TJUE, a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento 2201/2003 -que recordemos, aplica igual al Reglamento 2019/1111-procede considerar que el concepto de “residencia habitual” se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado* y, por otra, *una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate*<sup>111</sup>.

77. En este caso, en base a los elementos fácticos proporcionados por la Audiencia -y a los escasísimos que reflejaba el Juzgado de Reinosa, no queda suficientemente fundamentado, en nuestra opinión, que la presencia, el domicilio (que la sentencia de primera instancia lo concreta en Reinosa) y el empadronamiento de la demandante en España no constituyan, como ella alega, residencia habitual, por los siguientes motivos:

- 1º) No tener domicilio fijo no puede excluir la residencia habitual en ningún caso, más cuando es perfectamente posible -y obligatorio- empadronarse aun sin tener domicilio fijo, y que uno debe y puede tener acceso al padrón aun residiendo irregularmente en España, y que uno puede estar en esas circunstancias y que su estancia en nuestro país sea suficientemente estable y que la persona en cuestión tenga voluntad de que España sea su lugar de residencia habitual, fijando aquí el centro de sus intereses. Por tanto, carecer de domicilio fijo -y más aún cuando se está empadronado en España, como es el caso- no desvirtúa la posibilidad de que en España se encuentre la residencia habitual de un sujeto, dado que el no tener “domi-

<sup>110</sup> FD 3, *in fine*. Cursiva nuestra.

<sup>111</sup> STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *op.cit.*, apartado 57.

cilio fijo” puede deberse a una cuestión de vulnerabilidad por escasos recursos económicos que obligan a vivir en pisos compartidos sin ser titulares de un contrato de alquiler, albergues para temporeros, en casas de acogida de compatriotas, etc, si bien no hay que olvidar que la “mera presencia” no constituye residencia habitual a efectos del Reglamento.

- 2º) La nacionalidad extranjera -de los cónyuges y de sus hijos- es irrelevante a la hora de determinar la residencia habitual. No se trata de analizar con qué país hay una conexión más estrecha sino de ver si existe una conexión razonable con España – amparada por el artículo 3 del Reglamento- que permita que los tribunales españoles sean los competentes, tal y como interesa a la demandante. Por otra parte, si lo que pretende el auto es usarlo como argumento para “reforzar” el componente de “habitualidad” de la residencia en Rumanía frente a la residencia en España, como forma de elegir entre ambas, tampoco puede servir la nacionalidad para ello, ya que este criterio no constituye en modo alguno parte de la residencia habitual.
- 3º) El hecho de que la residencia de la demandante en España sea administrativamente “temporal” en razón de su trabajo de temporera, tampoco es óbice en sí mismo para que no pueda ser su residencia habitual, sin que se ofrezcan más datos para determinarla. Al respecto, poca información se ofrece: cuántas veces, con cuánta periodicidad y durante cuánto tiempo residen o han residido en España en los últimos años como trabajadores de temporada<sup>112</sup>, cuántos años llevan haciéndolo, qué relaciones tienen en este país, si los hijos son menores de edad (parece que no<sup>113</sup>) y si los acompañan en sus estancias, etc. Todos estos datos servirían para determinar con más fundamento la última residencia habitual común y la residencia habitual de la demandante, cuestiones esenciales para descartar o admitir la competencia judicial internacional<sup>114</sup>.
- 4º) Por otra parte, si se descartase que la última residencia habitual común fuese España y nos centráramos en el foro que requiere la residencia de la demandante durante al menos un año antes inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, tampoco el hecho de que tenga un permiso temporal de residencia (que se otorga por un máximo de 9 meses en un período de 12 meses consecutivos) puede servir, sin más datos, para negarla, ya que el foro no exige residencia ininterrumpida<sup>115</sup> sino residencia ¿habitual?<sup>116</sup> -esto es, que si durante, pongamos, los últimos cuatro años ha residido 9 meses al año en España y tres meses en Rumanía, y el centro de los intereses está en España, donde quiere establecerse, esa realidad

<sup>112</sup> El TJUE ha reiterado que no es necesaria una duración determinada, y que puede haber residencia habitual sin necesidad de que transcurra mucho tiempo y, aunque el tiempo puede ser un indicio, lo determinante es la voluntad de que ese lugar sea el centro habitual de sus intereses el momento de presentarse la demanda y que su presencia en el mismo tenga cierto grado de estabilidad. STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, op.cit., apartado 57.

<sup>113</sup> Aunque en la sentencia se habla de la “hija menor”, entendemos que se trata de la hija de menor edad, pero no menor de edad, dado que no se solicita ningún tipo de medida ni hay peticiones sobre custodia, alimentos, etc. Sí se menciona en la sentencia que la pareja tiene tres hijos, pero no se comenta nada respecto de ellos ni de su centro de relaciones, edades o vínculos con ambos países

<sup>114</sup> Nos recuerda G. PALAO MORENO que, a falta de criterios del TJUE para personas adultas, los tribunales nacionales han tomado en consideración elemento como: el lugar de celebración del matrimonio o de empleo, donde los hijos están escolarizados o se contribuye a la seguridad social, la tenencia de préstamos o de propiedades inmuebles, el permiso de conducir, la recepción de correo importante como el bancario, la existencia de relaciones personales o administrativas Nada de ello se ha considerado en la resolución comentada. Vid., Vid., G. PALAO MORENO, “La residencia habitual...”, op.cit., p. 13.

<sup>115</sup> Afirmamos esto ya que deducimos del hecho de que el TJUE entienda posible que un sujeto mantenga varias residencias simultáneamente, esto es, vínculos con varios lugares/Estados, pero solo una residencia habitual; por ejemplo, en el caso de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, el cónyuge tenía su residencia en Francia y en Irlanda, viajando constantemente (esto es, interrumpiendo la residencia) de uno a otro país, pero sólo una podía ser su residencia habitual (pese a ser interrumpida).

<sup>116</sup> Se pone bajo interrogantes a la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial que ha planteado el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 11 de julio de 2022 — BM / LO. Cuestión prejudicial: “El plazo de espera de un año o, en su caso, de seis meses previsto en el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003, ¿comienza a correr para el demandante con la fijación de su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda o es suficiente con que, al comienzo del plazo de espera pertinente, el demandante solo tenga una mera residencia en dicho Estado y esa residencia se consolide posteriormente como residencia habitual durante el período transcurrido hasta la presentación de la demanda?”, DOUE C359, de 19.9.2022

no desvirtúa la residencia habitual-, y además porque la estancia irregular en territorio español también puede constituir residencia habitual, según los vínculos del sujeto y la vocación de permanencia. Es por ello que sería necesario, para desvirtuar el principio de prueba del empadronamiento que, ojo, en el auto de la AP se afirma en España respecto de ambos cónyuges (FD 2º, 4º párrafo) y no solo respecto de la demandante, que el tribunal fundamentase de forma reforzada, dado que está negando con su resolución el acceso a la justicia española, por qué el empadronamiento no se corresponde con la realidad sustancial de la residencia habitual de la demandante y/o de los cónyuges. Así, recordamos el SAP Girona de 22 abril 2015 donde se admite la competencia judicial internacional de los tribunales españoles al no considerarse impugnado el volante de empadronamiento<sup>117</sup>.

- 5º) Por último, y en relación al motivo que la Audiencia parece encontrar determinante, el hecho de que en la demanda interese la asignación de uso de la vivienda familiar de Rumanía para vivir con su hija menor, tampoco prueba, en nuestra opinión, que no esté en España, lugar donde está empadronada, su residencia habitual, por varios motivos: En primer lugar, porque la residencia habitual debe determinarse en base al centro de intereses de la persona en el momento en que se presenta la demanda, no en un momento pasado ni futuro<sup>118</sup>. Imaginemos que una pareja tiene su residencia habitual clara desde hace 10 años en España, pero en la demanda de divorcio la esposa solicita el uso de la vivienda vacacional que tienen en Francia para residir, pensando en un eventual cambio de vida tras el divorcio. Sería absurdo pensar que los tribunales franceses deben ser los competentes porque se solicite para el futuro el uso de la vivienda de Francia, dado que el centro de intereses y de vínculos significativos -laborales, personales, etc- de ambos se encuentra en España. Que, en este caso, coincida el lugar de dicha vivienda con el país de su nacionalidad o que allí resida ahora el demandado, tampoco es relevante para demostrar la residencia habitual de la demandante y desvirtuar el empadronamiento, sin más datos. Además, dicha decisión de traslado eventual a Rumanía podría variar en función de la sentencia y no obedece a lo verdaderamente relevante que es dónde gravita el centro de relaciones del sujeto en cuestión cuando se presenta la demanda.

78. Por todo ello, consideramos que el auto de la Audiencia Provincial: 1) Recurre acertadamente a las normas supranacionales de la UE en primer lugar -descartando la LOPJ- pero yerra en el ámbito de aplicación temporal del Reglamento 2019/1111, debiendo haber aplicado el 2201/2003 ya que la fecha de presentación de la demanda es en todo caso anterior al 1 de agosto de 2022. 2) Una vez que desestima su competencia por inaplicación, según su argumentación, del artículo 3 del Reglamento, no argumenta por qué no aplica el sistema de foros de la LOPJ para determinarla, desestimándola sin más sin mencionar la eventual aplicación de las normas de competencia residual del Reglamento (que no podrían aplicarse pero que ni siquiera se mencionan, y tal vez habría sido deseable). 3) Incurrir en una fundamentación insuficiente, en nuestra opinión, en la concreción de la “residencia habitual”, sin distinguir en el análisis de la última residencia habitual común y la residencia habitual de la demandante. Y es que, teniendo en cuenta que se está negando el acceso a nuestros tribunales con dicha decisión, habría sido más adecuado proporcionar más elementos de hecho que permitiesen desestimar, en línea con los argumentos del TJUE, de manera más fundamentada la residencia habitual que la demandante *alega* tener en España, aportando, al menos que nos conste, volante de empadronamiento. Como decimos, dado que la respuesta del tribunal es desestimatoria, lo que impedirá a la demandante acceder a la justicia

<sup>117</sup> SAP Girona de 22 abril 2015, nº256/201, [ECLI:ES:APGI:2015:256], FD 2, comentada *supra*, epígrafe III.

<sup>118</sup> Y no es relevante que el sujeto tenga la intención de retornar a otro país ni es suficiente la mera “intención de residir habitualmente en un país”, porque ello fomentaría el *forum shopping* y conflictos de competencias, incrementando la imprevisibilidad del foro. Vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en su comentario a la sentencia de 25 de noviembre de 2021, cit. *supra*. Así, como precisa el TJUE en la sentencia de 25 de noviembre de 2021, un cónyuge puede, debido a la crisis conyugal, decidir abandonar la anterior residencia habitual de la pareja para establecerse en un Estado miembro distinto del de esa antigua residencia y presentar en él una demanda de disolución del matrimonio en las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto o sexto, del Reglamento n.º 2201/2003, sin dejar de tener plena libertad para conservar un determinado número de vínculos sociales y familiares en el territorio del Estado miembro de la anterior residencia habitual de la pareja. (FD 55).

española, aumentando el coste -por lo infructuoso de la acción ya emprendida- del litigio para ambas partes, con más razón si cabe es conveniente una amplia y detallada fundamentación, sumando el hecho de que los foros del artículo 3 son alternativos -y no jerárquicos- para favorecer precisamente ese acceso a la justicia sin perder lógicamente de vista el principio de proximidad<sup>119</sup>.

**79.** Tenemos muchos ejemplos en nuestra jurisprudencia donde los tribunales españoles se declaran competentes en base a un domicilio (normalmente alegado en base a un volante de empadronamiento) no impugnado en modo alguno. Así, entre otros muchos, vid. *supra*, la sentencia de la AP de Asturias de 16 de julio de 2009<sup>120</sup>, *op.cit.*, que considera que el tener la demandada su domicilio en España, dato que no es controvertido, es suficiente para “determinar la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con lo establecido en el art. 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 3 del Reglamento de la Comunidad Europea nº 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”<sup>121</sup>. También en la SAP Girona de 22 de abril de 2015, en un divorcio entre un nacional portugués -demandado- y una nacional hindú, el tribunal considera que basta con que el volante de empadronamiento presentado no se haya impugnado en modo alguno para considerar que la persona tenía su residencia habitual en España<sup>122</sup>.

**80.** Y todo ello sin negar que teniendo en cuenta el resto de información que se omite respecto del caso -y que hubiese sido del todo oportuna haber considerado en la misma- pudiera haberse llegado a esta misma conclusión, ya que ni la mera presencia, ni la intención, ni la estancia “en precario” o poco estable de una persona en un territorio puede constituir “residencia habitual”, pero sin olvidar que, en esta materia y en este sector de competencia judicial internacional, basta con una proximidad suficiente, esto es, con cualquiera de los siete foros contemplados en el artículo 3, sin que sea necesario que se trate del “más próximo” o “más conectado”. Ciertamente, no tiene nada que ver el caso de una trabajadora de temporada “habitual” en España, esto es, que viene a trabajar todos los años por períodos, reglamentarios, de 9 meses, volviendo 3 meses a Rumanía, habiendo hecho esto antes con su marido durante los últimos -pongamos- diez años, que el supuesto de una trabajadora de temporada que pasa solo tres meses en España y que es la primera vez que viene a nuestro país, donde el empadronamiento es meramente circunstancial. La cuestión es que, por los datos que reflejan tanto la sentencia de primera instancia como la de la AP, es imposible saber siquiera a cuál de los supuestos anteriores nos aproximamos y, por tanto, siendo difícil determinar por qué el volante de empadronamiento de la esposa en España no se corresponde con la realidad sustancial de su residencia habitual, aunque esta sea temporal, esto es, “interrumpida”.

#### IV. Reflexiones finales

**81.** Todo este análisis en torno a la residencia habitual y su interpretación y aplicación por los tribunales españoles pone de manifiesto a nuestro juicio varios aspectos importantes.

**82.** En primer lugar, que la comprensión y, con ello, correcta aplicación del Derecho internacional privado es compleja -y quizás en parte por ello muchas veces ignorada o errada- para los operadores jurídicos. Conocer el ámbito de aplicación de los Reglamentos europeos y su primacía normativa parece ser una formación imprescindible, especialmente para los tribunales, teniendo en cuenta que el número de litigios con elementos internacionales entre particulares ha crecido exponencialmente en las últimas

<sup>119</sup> STJUE 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, [ECLI:EU:C:2007:740], apartado 26.

<sup>120</sup> SAP de Asturias de 16 de julio de 2009, nº 270/2009 [ECLI:ES:APO:2009:1863].

<sup>121</sup> Y esto con independencia de que cite la LOPJ sin necesidad.

<sup>122</sup> “(...) el actor presentó un volante de empadronamiento en el que se hace constar que está inscrito en el padrón de habitantes del Ayuntamiento de El Vendrell y en el mismo domicilio desde el año 2005. Este documento, que no ha sido impugnado de modo alguno en el procedimiento, es suficiente para justificar que el actor tenía su residencia habitual en territorio español”. Vid., *Ibidem*, FD 2, último párrafo, p. 3 *in fine*.

décadas y dado que, en esta materia de la determinación de la competencia judicial internacional, está en juego el acceso a la justicia.

**83.** En lo que respecta al concepto autónomo de “residencia habitual”, no definido en el Reglamento europeo 2201/2003 ni en el reciente 2019/1111, hemos visto que suscita varios problemas, relevantes en tanto de la delimitación de aquella depende directamente en la mayoría de los casos el acceso a unos tribunales elegidos por uno o ambos cónyuges, dado que ante ellos se presentó la demanda. Entre otras causas, la indefinición del concepto, si bien puede permitir una mejor adaptación a las circunstancias del caso, siempre deseable, incrementa la incertidumbre y puede conllevar indefensión cuando no se fundamenta aquel correctamente.

**84.** Es por ello que algunos autores proponen como solución a tanta indeterminación y a tanta responsabilidad para los órganos competentes que, según el tipo de procedimiento, materia, el caso, los intereses en juego, la presencia o no de menores, etc., deberán concretar de forma distinta la “residencia habitual”, la creación de un concepto europeo de residencia habitual<sup>123</sup>. Así, por ejemplo, L.A. PÉREZ MARTÍN propone el siguiente: “La residencia habitual de ámbito europeo de una persona es un concepto autónomo que debe establecerse en el Estado en el que la misma tiene su centro de vida, y será el lugar en el que, atendiendo al criterio de proximidad, teniendo una relación física de permanencia voluntaria con un Estado con alguna estabilidad, la persona está integrada en él, ya que mantiene objetivos lazos personales con dicho Estado, centrados en su vida en familia, vivienda habitual o patrimonio, así como vínculos profesionales y sociales en su caso”<sup>124</sup>.

**85.** Si bien estos elementos se han configurado ya en su mayoría en la jurisprudencia del TJUE, con el fin de ayudar a determinarla, el citado autor ofrece indicios que deberían tenerse en cuenta, como: lugar de la residencia habitual familiar común y dónde se encuentran o encontraban, de manera real, fáctica, efectiva, los intereses comunes de la pareja en el momento de la disolución de la misma o en los últimos momentos de la vida en común; la existencia de hijos y el lugar de vida y escolarización de los mismos; el posible motivo de la vida de la pareja en lugares diferentes y la razón de los traslados. También ofrece otros criterios menos importantes para considerar como son: la nacionalidad de todos los miembros de la familia, el idioma común que hablan, y sus lazos personales y familiares con otras personas, así como los intereses patrimoniales de la pareja<sup>125</sup>.

**86.** En nuestra opinión, si bien es preferible un concepto flexible de residencia habitual para los divorcios internacionales, teniendo en cuenta que la jurisprudencia en relación a la residencia habitual de adultos es escasa en este sentido -como se ha visto-, sí serían positivos, aunque probablemente se acaben configurando con la labor paulatina del Tribunal de Luxemburgo, una serie de indicios que permitiesen concretar la residencia habitual con menos margen de error por parte de los tribunales nacionales y menor incertidumbre para las partes, aunque, de no acumularse el caso de crisis matrimonial -y petición de divorcio, separación o nulidad- con otras cuestiones relativas a menores, alimentos, sucesiones... ,que pueden complejizar la cuestión- consideramos que sería suficiente con una lectura atenta y una aplicación cuidadosa de la jurisprudencia que sí existe ya y de la doctrina en torno a la misma, junto con una formación en Derecho internacional privado para evitar errores como la interpretación en clave nacional del concepto de residencia habitual, la aplicación de normas internas en lugar de europeas o la incorrecta aplicación de los ámbitos de aplicación y de los foros de los Reglamentos. Esto es, quizás no sean necesarias normas más cerradas sino un mayor conocimiento de cómo funcionan y cómo se aplican

<sup>123</sup> Vid., especialmente: vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 469 y ss; en materia de sustracción de menores: M. CELIS AGUILAR, “Hacia una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual en el contexto de la sustracción internacional de menores”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 47 (abril de 2022).

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 491.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 491.

las que ya existen en materia de determinación de la competencia judicial internanacional en las crisis matrimoniales, salvedad de la modificación del artículo 22 de la LOPJ que sería muy bienvenida.

**87.** Por último, siendo tan relevante la concreción de la residencia habitual, la fundamentación en las resoluciones debería ser siempre suficiente o reforzada, nunca escueta, argumentándose todo lo posible, especialmente en caso desestimatorio (esto es, de que el tribunal no encuentre que pueda concretarse en España ningún punto de conexión) o cuando se ha presentado declinatoria y hay desacuerdo entre las partes, por qué no puede o sí puede establecerse la residencia habitual en España o, más allá, ser competente dicho tribunal español, teniendo en cuenta todos los datos fácticos posibles: esto es, tiempo, intención de permanencia, períodos de residencia en nuestro país, lazos y vínculos personales, laborales, familiares, ... y todo ello en el momento de presentarse la demanda, no en base a intenciones futuras ni hechos pasados. Dado que es una cuestión apreciable de oficio en cualquier momento del procedimiento y dado que, de no tener competencia internacional, las actuaciones judiciales serían nulas y la resolución no sería reconocida y ejecutable en el país en que tuviera surtir efecto, conforme se deriva de los artículos 36, 38 y 225.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dichos datos y su consecuente argumentación deberían tener reflejo suficiente en la resolución judicial, que es precisamente lo que no se observa en el AAP de Santander que motivaba esta contribución -y tampoco en el auto de origen-, pese a que, haciendo uso de todos los datos disponibles y añadiendo la argumentación que consideramos necesaria, hubiese podido llegarse a la misma conclusión.

**88.** Y si bien no resulta razonable ni incluye el deber de motivación de las sentencias el ofrecer un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes, sí es necesaria la *exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo, o los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión*<sup>126</sup>. Y es que la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional *en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE* (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009)<sup>127</sup>. Es por tanto una cuestión de primer orden y, sin duda, una resolución que determina la incompetencia de los tribunales españoles debería ser cuidadosa en que su motivación no dejara dudas acerca de la base jurídica en que fundamenta su decisión: instrumento aplicado, y, en este caso, concreción, con todas las circunstancias relevantes del caso, como indica el TJUE, de la residencia habitual, determinante en la resolución del supuesto.

<sup>126</sup> STS 303/2015, de 25 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2981], FD 4, punto 5.

<sup>127</sup> STS 303/2015, de 25 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2981], FD 4, punto 5.