

Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos*

Publicado en *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp. 5-22

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*
<http://eprints.ucm.es>

DIEZ AÑOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II *BIS* SOBRE CRISIS MATRIMONIALES Y RESPONSABILIDAD PARENTAL (ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL)

Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción. II. Aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*: 1. Materias reguladas: A) Lo que el Reglamento no abarca y la excesiva fragmentación de los instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional. B) Las crisis matrimoniales y la cuestión (no resuelta) de la aplicación del Reglamento a los matrimonios entre personas del mismo sexo. C) Noción de medidas de responsabilidad parental a efectos de aplicar el Reglamento. 2. Aplicación temporal. 3. Aplicación espacial: A) En materia de crisis matrimoniales. B) En materia de responsabilidad parental. III. Criterios de competencia judicial internacional: 1. Competencia en materia de crisis matrimoniales. 2. Competencia en materia de responsabilidad parental: A. Foros basados en la residencia habitual del menor: definición del criterio. B. Foros basados en la autonomía de la voluntad. IV. Problemas de aplicación de las normas de competencia: 1. Control de oficio. 2. Litispendencia y acciones conexas. V. Conclusiones

I. Introducción

1. El pasado 1 de agosto se cumplieron diez años de la entrada en vigor el Reglamento 2201/2003 o Reglamento Bruselas II *bis*¹, y dentro de escasos meses también los cumplirá su aplicación efectiva en la mayor parte de los Estados miembros (en adelante EEMM)². A lo largo de este tiempo, las instituciones de la Unión Europea (EU) han desarrollado una importante labor en la interpretación y aplicación del instrumento, así como en la detección de las carencias y defectos que pueda presentar, a fin de emprender las modificaciones que permitan mejorar la normativa. El mejor ejemplo de la primera línea de actuación lo constituyen las resoluciones las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE) da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por las autoridades de los EEMM en el marco de la aplicación del instrumento³. Pero también la Comisión ha realizado esfuerzos en las labores de difusión y ayuda en la interpretación, fruto de los cuales es una Guía práctica de gran utilidad⁴. La segunda línea conecta con el mandato que dirige el art. 65 RBII *bis* a la Comisión, para que ésta presentase antes de comenzar 2012 y, en cualquier caso cada cinco años, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del instrumento, sobre la base de la información proporcionada por los EEMM, y “acompañado, si ha lugar, de propuestas

¹ 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, *DO* L 228, 23.12.2003. En adelante, me referiré a este instrumento como Reglamento Bruselas II *bis* o RBII *bis*.

² Sobre las disposiciones temporales de este instrumento, *vid. infra* § 8.

³ A estas resoluciones iré haciendo referencia a lo largo del trabajo.

⁴ *Vid.* “Guía Práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II”, disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf. En lo sucesivo, me referiré a este documento como *Guía práctica*.

encaminadas a su adaptación”. Así, en 2006 la Comisión presentó una propuesta de enmiendas al RBII *bis* en relación con las normas de competencia, en la que también se propugnaba introducir normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁵. Esta propuesta fue retirada porque no se consiguió la unanimidad del Consejo en lo referente a la regulación conflictual⁶. Pero la iniciativa no puede considerarse un fracaso, desde el momento en que catorce EEMM decidieron establecer una cooperación reforzada con ella como base, y acordaron adoptar el Reglamento (UE) n° 1259/2010 por el que se establecen normas para determinar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III). Recientemente se ha publicado el informe con el que la Comisión cumple el mandato del referido art. 65 RBII *bis* de elaborar un texto de este tipo con carácter quinquenal⁷, en el que también se retoman algunas de las propuestas apuntadas en la Propuesta de Reglamento 2006.

Este trabajo se propone realizar un balance de estos diez años de aplicación e interpretación del instrumento en lo que respecta a la referida labor de las instituciones de la EU y, por necesidad de acotar, limitado a la materia de competencia judicial internacional, y a algunas de las cuestiones referentes a ella. Se analizará, por consiguiente, de forma principal la labor del TJUE referida al Reglamento, a través de sus sentencias o autos. Con ello pretendo contribuir a la reflexión sobre algunas de las cuestiones que se han puesto sobre la mesa de cara a una posible con la referida (futura) reforma del Reglamento, o llamar la atención sobre otras que hasta el momento no están siendo consideradas.

2. Antes, puede resultar de interés recordar de forma muy sintética cuáles son los orígenes y objetivos de este instrumento⁸. Y cabe comenzar por indicar que el RB II *bis* hunde sus raíces en el objetivo de favorecer la libre circulación de sentencias, desde el momento en que es el heredero directo de uno de los instrumentos elaborados sobre la base de la invitación que dirigía el TCEE (art. 220) a los EEMM, esto es, la de celebrar convenios para facilitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. La respuesta a esa proposición se materializó en primer lugar, como es sabido, con la adopción del Convenio de Bruselas de 1968⁹, en el que quedó reflejada la idea de que en aras a facilitar el reconocimiento resultaba pertinente unificar las normas de competencia (aunque sólo se realizase de forma parcial)¹⁰. De ahí el carácter doble

⁵ Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, COM(2006) 399 final.

⁶ DO C 109, 16.4.2013.

⁷ “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo 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”, de 15 de abril de 2014, COM (2014) 225 final, al que en adelante me referiré como *Informe 2014*. Se encuentra disponible en español en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0225&rid=1>.

⁸ Vid. también, entre otras, A. Borrás, “From Brussels II to Brussels II bis and further”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 3-22; M. Ni Shuilleabhain, *Cross-Border Divorce Law: Brussels II Bis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-7.

⁹ Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DO L 299, 31.12.1972.

¹⁰ Parcial, porque, como es sabido, con arreglo a su art. 4, la competencia en lo que respecta a las demandas presentadas contra personas domiciliadas en un Estado no miembro se determina en cada EM de conformidad con las normas de competencia judicial internacional previstas en sus legislaciones estatales.

del instrumento¹¹. Años más tarde se elaboraron dos textos, también dobles, que venían a completar las materias no abordadas por el primer Convenio. Entre ellos, el Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre competencia judicial internacional reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, que vino a denominarse “Convenio de Bruselas II”¹². Este instrumento, que es el antecedente del Reglamento aquí analizado, también pertenece al Derecho internacional privado (DIPr) convencional “específico” que se desarrolló entre los años 60 y los 90¹³, gracias en buena medida al propósito de impulsar la llamada “quinta libertad comunitaria”, esto es, la libre circulación de resoluciones judiciales entre EEMM.

Pero el Convenio de Bruselas II nunca llegó a adoptarse y aplicarse como tal. El instrumento se “comunitarizó” a raíz de la entrada en vigor el Tratado de Ámsterdam, toda vez que, aunque las competencias que se reconocieron a las instituciones comunitarias en materia de DIPr parecían estar sujetas a límites estrictos¹⁴, tanto dichas instituciones como los EEMM no mostraron reparos en trascenderlos¹⁵. Ello, gracias a que, por una parte, se elevó el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a categoría de piedra angular de la cooperación judicial en materia civil, y se declaró un principio fundamental en la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; y, por otra parte¹⁶, se manejó una determinada interpretación del reconocimiento mutuo y del modo en que podría lograrse en numerosos actos institucionales¹⁷, que se reveló

¹¹ El carácter instrumental de las otras áreas del DIPr en lo que respecta al reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras se haría aún más patente con la elaboración y entrada en vigor del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO L 266*, 09.10.1980, en lo sucesivo CR). Como el CB facilitaba el *forum shopping* a través del reconocimiento de la autonomía de la voluntad (arts. 17 y 18 CB; carácter alternativo de los foros generales y especiales por razón de la materia), se consideró necesario unificar las normas de conflicto, para evitar que la elección de tribunal dependiera de la ley que el tribunal elegido pudiera aplicar al fondo del asunto. Y esta misma lógica es la que subyace a la elaboración del Reglamento Roma III, en lo que respecta a las materias que regula el instrumento objeto de este estudio, esto es, el Reglamento Bruselas II *bis*. *Vid.* Reglamento del Consejo (UE) N° 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 estableciendo cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DO L 343*, 29.12.2010.

¹² Convenio sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Bruselas II), *DO C 221*, 16.7.1998. El Convenio se aprobó con un Informe Explicativo elaborado por A. Borrás (*Informe Borrás*). *Vid.* un examen sucinto del Convenio en W. Kennet, “The Brussels I Convention”, *ICLQ*, 48, núm. 2, abril 1999, pp. 467-472.

¹³ *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 36.

¹⁴ Al respecto, *vid.*, *inter alia*, C. Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé après le traité d’Amsterdam”, *Rev.crit.dr.int.priv.*, 1999, pp. 1-30; y P. de Miguel Asensio, “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado”, *La Ley Unión Europea*, núm. 4150, 30 de marzo de 1998.

¹⁵ Hasta el punto de que se ha hablado de una “revolución europea en el DIPr”: *vid.* R. Michaels, “The New European Choice-of-Laws Revolution”, *Tulane LR*, 82, mayo 2008, pp. 1607-1643.

¹⁶ *Vid.* párrafo VI de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) en <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

¹⁷ Entre otros, la Comunicación de la Comisión “Towards greater efficiency in obtaining and enforcing judgments in the European Union”, COM (1997) 609 final, *DO C 33*, 31.01.1998; el “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la implementación más adecuada de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, *ibid.* C-19, 23.1.1999; el “Borrador de programa para de medidas para la implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia civil y mercantil”, *ibid.* C 12, 15.1.2001; “El Programa de La Haya: reforzando la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *ibid.*, C-53, 3.3.2005; y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y el Consejo “Un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia al servicio del ciudadano”, de 10 de junio de 2009, COM (2009) 262 final, disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:EN:PDF>>.

fundamental para el desarrollo del DIPr de la UE. Así, a pesar de que nunca fue pacífica la existencia de competencia de las (entonces) Comunidades Europeas para aprobar un reglamento que tratase de unificar la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, Bruselas II se transformó en el Reglamento 1347/2000¹⁸. Y no sólo se transformaron en reglamento los convenios existentes hasta la fecha¹⁹: en la quincena de años transcurrida desde la adopción del Tratado de Ámsterdam hasta la fecha han sido adoptados muchos otros instrumentos, en materias muy diversas; y otros se encuentran en camino.

El Reglamento Bruselas II, que entró en vigor el 1 de agosto de 2004 y se aplicó desde el 1 de marzo de 2005 (según su art. 72), fue reformado por medio del Reglamento Bruselas II *bis*, exclusivamente en lo referente a las normas de responsabilidad parental²⁰, esto es, fundamentalmente para eliminar la limitación que su predecesor contenía: el Reglamento Bruselas II solo se aplicaba a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes en el marco de un procedimiento referido a la crisis²¹. No obstante, las decisiones dictadas por el TJUE en relación con la interpretación del Reglamento Bruselas II son plenamente aplicables a la interpretación del Reglamento Bruselas II *bis*²², salvo, lógicamente, en aquellos aspectos reformados.

3. Para concluir con esta somera presentación del Reglamento Bruselas II *bis* cabe recordar que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que el Tratado de Ámsterdam se propuso construir desde sus inicios ya se reveló un espacio fragmentado, habida cuenta de los protocolos firmados por el Reino Unido e Irlanda (por una parte) y Dinamarca (por otra). De acuerdo con los protocolos, estos EEMM no participarían en la adopción de las medidas propuestas por el Consejo en relación con el Título IV TCE. Pero, mientras el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda permitía a estos dos Estados participar en los instrumentos a su conveniencia (mecanismo de *opting-in*), el Protocolo sobre la posición de Dinamarca excluyó todo tipo de participación, al menos en tanto las limitaciones constitucionales de este EM persistan (mecanismo *all or nothing*). Por esta razón, dado que el Reino Unido e Irlanda se han inclinado por el *opting-in*, son EEMM a efectos de aplicación del RBII *bis*; pero Dinamarca no. De ahí que el considerando 31 y el art. 2.3 RBII *bis* recuerden que este Estado no participa en la adopción del instrumento y que, por consiguiente, no está

¹⁸ Reglamento del Consejo (CE) N° [1347/2000](#) de 29 de mayo de 2000, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Reglamento Bruselas II), *DO* L 160, 30.6.2000.

¹⁹ Por aportar sólo un par de ejemplos, baste indicar que el Convenio de Bruselas se transformó en Reglamento Bruselas I [Reglamento (CE) N° 44/2001 de 22 de diciembre de 2001 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, *ibid.* L 12, 16.1.2001, recientemente modificado por medio del Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (*ibid.* L 351, 20.12.2012)]; y el Convenio sobre procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 2005 <<http://aei.pitt.edu/2840/01/070.pdf>> se transformó en Reglamento del Consejo (CE) N° 1346/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, *DO* L 160, 30.6.2000.

²⁰ Al respecto *vid.* P. McEleavy, “Current developments: I. Brussels II *bis*: matrimonial matters, parental responsibility, child abduction and mutual recognition”, *ICLQ*, núm. 53, abril 2004, pp. 503-518.

²¹ Más adelante se analiza el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II *bis*.

²² *Vid.* E. Rodríguez Pineau, “Recent Trends in the Case-Law of the Court of Justice of the EU: Judicial Cooperation in Civil Matters and Private International Law”, J. Díez-Hochleitner *et al.* (Coords.), *Recent trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 547-574, esp. p. 559.

ligado a él ni obligado a su aplicación. Y de ahí que toda mención que se realice a los EEMM en el Reglamento (pero también en este estudio) deba considerarse referida a los otros 27 Estados que conforman en la actualidad la UE.

II. Aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*

1. Materias reguladas

A) Lo que el Reglamento no abarca y la excesiva fragmentación de los instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional

4. El RBII *bis* tiene como objetivo la unificación, en los EM, de las normas de competencia judicial internacional (y las de reconocimiento y ejecución, que no se analizarán, como ya se indicó, en este estudio) en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental; así, lo primero en lo que interesa reparar es que no contiene una regulación, en particular, de la competencia territorial²³.

Que la competencia territorial deba precisarse de conformidad con las normas internas de cada EM creo que no genera grandes inconvenientes. Pero quizás no quepa afirmar lo mismo en relación con las materias que regula, frente a las que deja huérfanas de normativa. En lo que a las crisis matrimoniales respecta, su ámbito de aplicación es bastante limitado: solo se aplica al matrimonio en sí, esto es, a la determinación de la competencia para pronunciarse sobre (la nulidad, la relajación o la disolución de) el vínculo matrimonial. Y, aunque esta materia vaya a completarse con la regulación de la competencia en lo que respecta a la responsabilidad parental (ámbito bastante más extenso, como se indica *infra*); y a pesar de que a este respecto Bruselas II *bis* haya supuesto un importante avance con respecto a su predecesor”, el resto de materias que normalmente se plantean junto con la cuestión de la crisis o de la responsabilidad parental, queda fuera de la intervención del Reglamento. Me refiero, claro está, a cuestiones tales como la determinación, disolución y liquidación, en su caso, del régimen económico matrimonial, la fijación de una eventual pensión compensatoria, o la decisión sobre el uso de la vivienda común, el establecimiento de alimentos a favor de los menores. La compartimentación de la regulación de la competencia dificulta enormemente la labor del operador jurídico²⁴, toda vez que en la labor de determinar la competencia en lo que respecta a esas cuestiones que el Reglamento no regula se han de aplicar otras normas, de muy diversas fuentes: institucional, convencional, estatal (*vid. considerando 8 RBII bis*).

De ahí que posiblemente resulte en exceso complaciente señalar, como hace la Comisión, que “*las normas que establece el Reglamento han contribuido a simplificar el marco jurídico en una situación que ya supone problemas considerables para los ciudadanos afectados*”²⁵, por más que luego reconozca “*algunos inconvenientes*”. Antes al contrario, un punto sobre el que convendría una mayor reflexión desde las instituciones de la UE, de cara a dotar al DIPr de la UE de una auténtica función de simplificación de la vida de las personas, es sobre la compartimentación excesiva de las materias y los sectores que está produciéndose en este sector, puesto que, como

²³ *Vid. §16 Informe Borrás.*

²⁴ *Vid.*, en este sentido, A. Borrás “From Brussels to Brussels bis”, *loc. cit.*, p. 9.

²⁵ *Vid. Informe 2014*, p. 5.

indicaba, se trata de un elemento que, en ocasiones, convierte en una operación extremadamente compleja dar una respuesta adecuada a las cuestiones reguladas.

B) Las crisis matrimoniales y la cuestión (a resolver) de la aplicación del Reglamento a los matrimonios entre personas del mismo sexo

5. En relación con las crisis matrimoniales, el principal problema que puede suscitar la aplicación del RBII *bis* probablemente se refiera a los matrimonios entre personas del mismo sexo. En particular, la cuestión que interesa resolver ha sido omitida deliberadamente del texto del instrumento y del *Informe Borrás*²⁶; y tampoco es abordada –siquiera como problema a resolver– por el *Informe 2014*. Se trata de determinar si los EM en los que aún no cabe celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo están obligados a reconocer este tipo de matrimonio si se ha celebrado en otro EM y a aplicar el RBII *bis* a efectos de determinar la competencia para anular, relajar o disolver ese vínculo.

Hasta la fecha, el TJUE no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión; pero, en el marco de un trabajo, como este, que tiene por objeto analizar los avances conseguidos por la acción de las instituciones de la UE en la aplicación del instrumento, no cabe obviar una posible solución al problema, que vendría de la mano de otro instrumento institucional. Se trata del Reglamento Roma III.

Antes de explicar en qué modo podría zanjarse la cuestión en aplicación de Roma III avanzaré, en primer lugar, que, a mi juicio, no es una posibilidad válida; y, en segundo lugar, que existe otra más correcta, justamente contraria a que comporta estar a lo previsto en el RRIII. Pero hay incluso una tercera solución, basada en la aplicación, por parte de los órganos jurisdiccionales de cada EM, de su propio DIPr²⁷, que a mi entender tampoco es adecuada. La interpretación autónoma que requiere el Reglamento exige, más bien, recurrir antes a los principios y objetivos del instrumento y a los principios que vertebran el Derecho de la UE. Así, creo que la respuesta correcta es la basada en el principio de reconocimiento mutuo, conforme al cual todo EM estaría obligado a reconocer la validez del matrimonio que se haya contraído válidamente de conformidad con el ordenamiento jurídico de cualquier otro EM²⁸. Esta solución, que comporta la prevalencia de los sistemas legales más tolerantes²⁹, no es, sin embargo, la adoptada en RRIII. Este instrumento no sólo no omite la cuestión³⁰, como ya he indicado que hace Bruselas II *bis*, sino que bloquea toda posibilidad de extender el principio de reconocimiento mutuo al matrimonio celebrado en otros EEMM, a través

²⁶ *Ibidem* p. 9.

²⁷ Vid. E. Gallant, “L’impact et l’application du Règlement Bruxelles II bis en France”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, op. cit., pp. 103-121, esp. pp. 116-117.

²⁸ De manera que la aplicación del DIPr del foro quedaría restringido a la determinación de la validez de los matrimonios contraídos de conformidad con el ordenamiento de terceros Estados.

²⁹ R. Baratta, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPrax*, 2007, pp. 4-11. Sobre el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo en la UE, vid. S. Álvarez González, “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio”, S. Álvarez González (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, De conflicto legum, 2009, pp. 9-37, esp. pp. 22-25.

³⁰ Vid. A. Devers y M. Farge, “Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012, p. 1.

de lo previsto en su art. 13³¹. De ahí que una interpretación del RBII *bis* consistente con el RRIII debería conducir a idéntica negación de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de aquél. Sin embargo, creo que esta interpretación no es convincente. El hecho de que aproximadamente la mitad de los EM hayan decidido no participar en el RRIII³² arroja serias dudas sobre la pertinencia de comunicar los dos instrumentos en el sentido indicado, esto es, interpretando Bruselas II *bis* según lo dispuesto en Roma III. Sí es, por el contrario, indubitado, que el ámbito de aplicación material y el articulado de RRIII deben ser coherentes con los del RBII *bis*: lo establece expresamente el considerando 10 RRIII³³. Pero ningún EM que ha rechazado participar en el RRIII se puede ver obligado a interpretar y aplicar el RBII *bis* con arreglo a lo dispuesto en aquél. Es más: a mi juicio, la interpretación uniforme y autónoma que demanda el RBII *bis* debería comportar que ningún EM debe tratar de interpretar este instrumento a la luz de las previsiones de Roma III: ni los EM que han rechazado participar en este instrumento, ni los EM que participan en él. De ahí que,

³¹ Con arreglo a lo dispuesto en esta norma, “Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento”. La norma también hace referencia a las diferencias existentes en las normas sustantivas de los EM en lo que respecta a la disolución del vínculo matrimonial. Pero el único EM en el que no cabía la disolución del matrimonio por medio del divorcio, i.e., Malta, reguló este remedio en 2011. De esta forma, en la actualidad (al margen de posibles situaciones transitorias), ningún EM va a aplicar el art. 13 para denegar el divorcio alegando que en ese EM no se reconoce. En la práctica, el art. 13 sólo se invocará en los EM que no reconozcan el derecho a contraer matrimonio entre sí a personas del mismo sexo, para poder afirmar la nulidad o inexistencia un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro EM, y no aplicar el RRIII a la determinación de la ley aplicable al divorcio. En este sentido, el considerando 26 aclara que “Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, en entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del presente Reglamento”. Comparto las críticas con esta solución del RRIII de C. Vaquero López, “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 597-980. De ahí que quepa cuestionar el acierto del Estado español en participar de este instrumento: *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, núm. 7913, 31 de julio de 2012, pp. 1-14.

³² Como antes se indicó, sólo 14 de los EEMM decidieron participar en Roma III desde el inicio: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia. Después, el 21 de noviembre de 2012, la Comisión adoptó la Decisión 2012/714/EU, por la que confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO L 323 22.11.2012*). Según esta Decisión, el Reglamento Roma III entraría en vigor en Lituania el 22 de mayo de 2014. Más recientemente, también se ha publicado la Decisión 2014/39/UE, de 27 de enero de 2014, por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. En Grecia el RRIII entrará en vigor el 29 de julio de 2015 (*DO L 23, 28.1.2014*)

³³ El considerando 10 de RRIII dispone que (*El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) núm. 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la nulidad del matrimonio. El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y a la separación judicial. Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate*”.

como Roma III no debe emplearse en la lectura de Bruselas II *bis*, pero éste sí cabe interpretarse a la luz del principio (de la UE) de reconocimiento mutuo, a efectos de determinar la competencia judicial internacional con respecto a una solicitud de nulidad, separación o divorcio de ese matrimonio, en aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*, las autoridades de todos los EM deben reconocer la validez de los matrimonios válidamente conformados con arreglo al ordenamiento jurídico de los otros EM en aplicación del referido principio. Y ello, con independencia de si esos matrimonios son entre personas de distinto o del mismo sexo, y de si el Estado del foro es EM participante o no del Reglamento Roma III.

C) Noción de medidas de responsabilidad parental a efectos de aplicar el Reglamento

6. En lo que respecta a la definición de qué medidas han de considerarse como “de responsabilidad parental”, las instituciones de la UE, y señaladamente el TJUE, vienen realizando una labor importante. Para delimitar la cuestión, lo primero que interesa recordar es que la definición de este concepto debe efectuarse de forma autónoma e independientemente de las leyes nacionales de los EEMM; y que la regulación que el Reglamento dispone abarca la adopción de cualesquiera medidas en esa materia con independencia de su relación con un proceso matrimonial; esto es, tanto si los progenitores están casados entre sí, como si no³⁴. Sin embargo, el propio concepto de menor no aparece definido ni limitado en el propio texto, por lo que en este punto el texto sí ha de interpretarse a la luz de las legislaciones nacionales. Y, si bien es cierto que en la totalidad de EEMM la mayoría de edad está fijada en los 18 años, no todas contemplan la emancipación, por lo que en este punto podría ocasionarse algún problema de interpretaciones divergentes del ámbito de aplicación del instrumento. A este respecto, la Comisión ha aclarado, en su *Guía práctica*, que las resoluciones que se dicten respecto de las personas emancipadas no deben considerarse en principio como materia de responsabilidad parental, y por consiguiente no deben entrar en el ámbito de aplicación del instrumento. Sin embargo, a mi juicio esta postura no debería acogerse cuando no se compadezca con el principio del interés superior del menor, que ha de informar cualquier interpretación y aplicación de las normas en esta materia. El Reglamento no diferencia entre menores emancipados o no, de forma que, si su aplicación resulta favorable al interés de un menor emancipado, creo que esta aplicación ha de estar fuera de toda duda.

Para determinar de forma más concreta qué se entiende por “responsabilidad parental”, el art. 1.1 RBII *bis* afirma que el instrumento se aplica “*con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional a las materias civiles relativas [aptdo. b)] “a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”*, y el art. 1.2 RBII *bis* precisa que estas materias, en particular, son “*a) el derecho de custodia y visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) al acogimiento del menor en una familia o en un*

³⁴ Indica el *Informe 2014* que se trata de “garantizar la igualdad para todos los menores. Esto es un reflejo del considerable aumento de la tasa de hijos nacidos fuera del matrimonio durante las dos últimas décadas en casi todos los Estados miembros, lo cual indica que existen cambios en los patrones tradicionales de formación de la familia”: *vid.* p. 6.

establecimiento; y e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes". Pero, a pesar de esta detallada delimitación de las materias reguladas, completada por una lista de materias expresamente excluidas³⁵, son varias las cuestiones preliminares que ya han sido planteadas al TJUE sobre este particular.

7. Una primera incógnita sobre este ámbito³⁶ fue despejada en las Sentencias del TJUE (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007 (Asunto C-435/06, C), y (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009 (Asunto C-523/07, A). Se refería al concepto de "materias civiles" antes indicado; y, en particular, a la cuestión de si las medidas de protección de menores regidas por el Derecho público (sueco) podían considerarse "materias civiles" a efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*. Concretamente, en el Asunto C, el TJUE, realizando la debida interpretación autónoma del instrumento, indicó que la resolución de una autoridad por la que se asume la guarda de un menor y se ordena su acogimiento fuera del domicilio de su familia de origen, en una familia de acogida, es una resolución relativa a la responsabilidad parental, sujeta al Reglamento, por más que haya sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público relativas a la protección de menores. Advirtió, a este respecto, que el hecho de que algunas materias de Derecho público se encuentren excluidas expresamente³⁷ resulta indicativo de que no todas lo están. También, que la referencia que el art. 1.1. realiza a la independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que las adopte viene referida, precisamente, a la que resulta indiferente tanto la naturaleza que pueda tener la autoridad que decide sobre la responsabilidad parental, como al hecho de que la medida sea solicitada por los progenitores o por autoridades públicas. En el Asunto A la cuestión planteada era esencialmente la misma, aunque relativa a medidas adoptadas con arreglo a Derecho público finlandés; la respuesta, lógicamente, fue idéntica a la anterior.

En ambos casos, entre los elementos estudiados por el TJUE se encuentra el de la finalidad de las medidas. Así, fundamentó la decisión (de considerarlas sujetas al RBII *bis*) también atendiendo a que tienen por finalidad satisfacer las necesidades de protección y asistencia de los menores. Y menciono este dato, porque quizás este sea un argumento definitivo a la hora de resolver otra cuestión prejudicial planteada recientemente al TJUE en relación con la aplicación material del Reglamento a medidas de protección de los bienes de un menor³⁸. En esta ocasión una autoridad checa pregunta si la autorización judicial que requiere un acuerdo sucesorio celebrado en

³⁵ Que según el art. 1.3 RBII *bis* son: "a) la determinación y la impugnación de la filiación; b) las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, la anulación y revocación de la adopción; c) el nombre y los apellidos del menor; d) la emancipación; e) las obligaciones de alimentos; f) los fideicomisos y las sucesiones; y g) las medidas adoptadas a consecuencias de infracciones penales cometidas por los menores". El considerando 10 RBII *bis* también advierte que "no se pretende que el presente Reglamento se aplique a asuntos tales como los relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración (...).

³⁶ Que, en puridad, ya había sido abordada en la *Guía práctica*, con una respuesta similar a la que daría el TJUE: *vid.* p. 9.

³⁷ En el mencionado considerando 10 RBII *bis*: *vid. supra* nota 35.

³⁸ Y respecto de la cual quizás quepa considerar que también hay respuesta en la *Guía práctica*, cuando recuerda que el considerando 9 indica que, en lo que respecta a los bienes del menor, el Reglamento se aplica a las medidas de protección del menor, esto es, a la desingación y funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia; y a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. *Vid.* el considerando 9 y la p. 10 de la *Guía práctica*.

nombre de un menor por su defensor judicial “constituye una medida comprendida en el artículo 1, apartado 1, letra b), o bien una medida comprendida en el artículo 1, apartado 3, letra f), del Reglamento”³⁹.

2. Aplicación temporal

8. El Reglamento Bruselas II *bis* dispone que “*Lo dispuesto en el presente Reglamento solo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas (...) con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor de conformidad con el artículo 72*” (esto es, el 1 de marzo de 2005). No obstante, esta referencia al art. 72 RBII *bis* no debe entenderse aplicable a los EM que no lo eran ya en esa fecha. Y así lo puso de manifiesto el TJUE en una de las pocas resoluciones en las que ha tenido que emitir un pronunciamiento sobre el RBII *bis* en su regulación de las crisis matrimoniales: se trata del Auto de 17 de junio de 2012, Asunto C-312/09 *Michalias v. Ioannou-Michalia*.

En realidad, la cuestión prejudicial se elevó, en este asunto, en relación con la interpretación del Reglamento Bruselas II, pero, como se indicó *supra* (§ 2), es plenamente aplicable la doctrina del TJUE en lo referido a las disposiciones de Bruselas II que no hayan experimentado ninguna modificación en Bruselas II *bis* (como ocurre con el art. 42 de aquél, en relación con el art. 46 RB II *bis*). En este asunto, el nuevo EM era Chipre (su adhesión se efectuó el 1 de mayo de 2004), esto es, tres años después de la entrada en vigor de Bruselas II (que tuvo lugar el 1 de marzo de 2001); y lo que ocurrió es que dos nacionales chipriotas casados entre sí, que residían habitualmente en el Reino Unido, presentaron demandas de divorcio tanto ante los tribunales británicos como ante los chipriotas. El Tribunal dispuso la inaplicabilidad del Reglamento “*a una demanda de divorcio presentada ante un órgano jurisdiccional de un Estado antes de que éste se convierta en un Estado miembro de la Unión Europea*”, esto es, a la demanda presentada en Chipre. Esta interpretación resultará también relevante en lo que respecta a la aplicación de las normas de litispendencia y acciones conexas a las que se hará referencia más adelante (*vid. infra*, §§ 27 y ss.).

9. También se han planteado dudas interpretativas relativas al ámbito temporal del Reglamento en asuntos relativos a medidas de responsabilidad parental, pero por referirse aspectos de reconocimiento de decisiones, y ser éste un ámbito que no abordo en este trabajo, me limitaré a dejar constancia de este hecho⁴⁰.

3. Aplicación espacial

A) En materia de crisis matrimoniales

³⁹ *Vid.* Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky (República Checa) el 25 de agosto de 2014 — Marie Matoušková, comisaria judicial en procedimientos sucesorios / Misha Martinus y Elisabeth Jekaterina Martinus, representados por David Sedlák, en su condición de defensor judicial; Beno Jeriël Eljada Martinus, Asunto C-404/14, Información disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=ES&text=2201%252F2003&pageIndex=1&part=1&mode=req&docid=159582&occ=first&dir=&cid=758375#ctx1>.

⁴⁰ Y a indicar que se trata del Asunto C-435/06, *C*, antes citado.

10. El Reglamento Bruselas II *bis* tiene un ámbito de aplicación espacial universal⁴¹. Esto significa que no se limita a regular situaciones conectadas sólo (o al menos de algún modo) con EEMM. Este instrumento regula cualquier situación, tenga o no vínculos relevantes con la UE. Así, en lo referente a las crisis matrimoniales, las autoridades ante las que se ejercita una acción de separación judicial, divorcio o nulidad de un matrimonio en el momento en el que el Reglamento se encuentra en vigor (*vid. supra* § 8), deben determinar obligatoriamente su competencia judicial internacional de conformidad con los arts. 3, 4 ó 5 (*vid. infra*, §§ 14-18). Y conviene hacer especial hincapié en el hecho de que resulta totalmente irrelevante que el matrimonio al que se refiere la correspondiente situación se haya celebrado fuera o dentro de la UE, y entre ciudadanos de EEMM o no, o entre personas domiciliadas en EEMM o no, porque los órganos jurisdiccionales españoles no siempre han comprendido y aplicado correctamente este instrumento⁴².

11. Si la autoridad ante la que se presenta la correspondiente demanda tiene atribuida competencia judicial internacional según lo dispuesto en el art. 3, la aplicación del instrumento no presenta mayor complejidad: la autoridad afirma su competencia con base en el correspondiente foro de ese artículo, y se pronuncia sobre el fondo. Pero que el resultado de la aplicación de este precepto (y de los arts. 4 y 5) sea negativa no implica necesariamente que la autoridad carezca de competencia y, por consiguiente, deba abstenerse de todo pronunciamiento sobre el fondo. El Reglamento permite que los EM acudan a las normas de competencia contenidas en sus ordenamientos estatales si se dan dos condiciones. La primera es que la aplicación de esos artículos no sea exclusiva; y esto ocurre, según el art. 6 RBII *bis* si el demandado tiene residencia habitual en el territorio de un EM o es nacional de un EM (en el caso del Reino Unido o Irlanda, si tiene allí el “domicile”⁴³). La otra condición es que ningún otro EM tenga competencia de conformidad con los arts. 3 a 7 del Reglamento (*vid. art. 7 RBII bis*).

El funcionamiento de estos preceptos también ha sido aclarado por el TJUE, a través de su Sentencia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, *Kerstin Sundelind López v. Miguel Enrique López Lizazo* (en adelante Asunto *Sundelind*). En este caso, una mujer sueca (Kerstin Sundelind) solicitó el divorcio ante los tribunales suecos, frente a su marido cubano (Miguel Enrique López). En el momento en el que se presentó la demanda, la Sra. Sundelind residía en Francia, EM en el que la pareja había tenido su residencia habitual común. El esposo había regresado a Cuba. Así, en este caso se cumplía la primera de las referidas condiciones, esto es, la del

⁴¹ No desconozco que esta opinión no es del todo pacífica. De hecho, los arts. 6 y 7 se consideran disposiciones “problemáticas”, y han sido interpretados de forma diversa (*vid.*, en este sentido, X. Kramer *et al.*, *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*, 2012, p. 29. Este estudio se encuentra disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>), pero creo que la interpretación del TJUE a la que hago referencia a continuación ha permitido zanjar las dudas interpretativas.

⁴² *Vid.* C. González Beilfuss, en “Nota al AAP de Madrid (Sección 24) de 1 de junio de 2011”, *REDI*, 2012, pp. 208-211. En este asunto, una mujer chilena ejerció la acción de divorcio ante los órganos a los que el Art. 3a) atribuían competencia, ya que residía en España desde hacía más de un año inmediatamente antes de presentar la demanda. Las autoridades españolas se consideraron, empero, incompetentes, alegando la inaplicabilidad del Reglamento por tener ambos cónyuges nacionalidad chilena, y estar el demandado domiciliado fuera de la UE.

⁴³ “Domicile” hace referencia a un concepto, según el significado que tiene en el Reino Unido y en Irlanda. No equivale al concepto de domicilio que pueda manejarse en cualquier otro EM, y por eso aparece siempre entrecomillado y sin traducir (*vid. § 34 Informe Borrás*).

art. 6: el demandado no tenía residencia habitual en un EM ni nacionalidad de ningún EM (ni “domicile” en el Reino Unido o Irlanda). Hubiese resultado, por tanto, posible, que las autoridades suecas aplicaran la ley interna (que les atribuía competencia, con base en la nacionalidad sueca y el hecho de haber residido en Suecia antes de alcanzar los 18 años) si la segunda de las condiciones también se hubiese dado. Pero no era el caso: los tribunales de otro EM, en particular Francia (en tanto que tribunales del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí) tenía atribuida competencia con arreglo al art. 3 a) RBII *bis*. Las autoridades suecas debían declararse de oficio incompetentes (*ex art. 16, vid. infra* § 24-26): la demandante debía interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del EM con competencia, esto es, ante los órganos jurisdiccionales franceses.

12. Si las condiciones para dar aplicación a las normas de competencia judicial internacional estatales del EM del foro concurren en la situación litigiosa en concreto (ese EM del foro no es competente según el RBII *bis*, pero tampoco lo es ningún otro EM, y el demandado es nacional de un tercer Estado y reside fuera de la UE), como se ha indicado, cabe dar aplicación a dichas normas. Esto, en el caso de España, sólo ocurrirá si la demandante es española y reside habitualmente en España desde hace menos de seis meses en el momento en que presenta la demanda⁴⁴.

Finalmente, interesa advertir que la aplicación de las normas de competencia estatales en materia de separación judicial y divorcio también está condicionada por el RBII *bis*, según lo dispuesto en su art. 7.2. Según esta disposición, todo nacional de un EM que tenga su residencia habitual en el territorio de otro EM puede invocar en dicho EM las normas sobre competencia que pueda invocar una persona nacional de ese EM. De esta forma, si la Sra. Sundelind, por ejemplo, hubiese vuelto a fijar su residencia en Suecia, las autoridades suecas resultarían competentes con base en las normas estatales de competencia judicial internacional de este Estado. Pero también lo serían si la demandante fuese una persona nacional de cualquier otro EM (por ejemplo, española) con residencia en territorio sueco. Volviendo al caso de que la demanda se presente en territorio español, la aplicación conjunta del art. 7.2 RBII *bis* y del art. 22.3 LOPJ comportará que los órganos jurisdiccionales tengan que afirmar su competencia si la persona demandante tiene nacionalidad de cualquier EM y residencia habitual en España, aún cuando no ha transcurrido el año que establece el art. 3.a) RBII *bis*. Por supuesto, en ambos casos la demandada tendría que ser, como ya se advirtió, una persona residente fuera de la UE, y no tener nacionalidad de ningún EM.

B) En materia de responsabilidad parental

13. En lo relativo a la responsabilidad parental, el Reglamento también presenta una aplicación universal o *erga omnes*; pero, al igual que ocurre en la materia antes tratada, este instrumento permite dar entrada también a las normas de competencia judicial internacional dispuestas en las legislaciones estatales de los EEMM (o en otros instrumentos convencionales que puedan estar en vigor en el EM del foro). En concreto,

⁴⁴ No cabe aplicación de los otros dos criterios dispuestos en la LOPJ (nacionalidad española de ámbos cónyuges o residencia habitual común en territorio español en el momento de presentación de la demanda), porque si se dieran en la situación litigiosa en concreto, resultaría de aplicación el Reglamento y atribuiría competencia a los órganos jurisdiccionales españoles según lo establecido, respectivamente, en el art. 3.1 b) y en el art. 3.1.a). *Vid. infra*, §14.

en este caso es el art. 14, bajo el epígrafe “competencia residual”, que permite tal aplicación si ni el órgano jurisdiccional del EM del foro ni ningún otro EM tiene competencia de conformidad con los artículos 8 a 13.

En España esta posibilidad resulta absolutamente residual, pero no está cerrada. Los órganos jurisdiccionales españoles podrían declararse competentes con base en la nacionalidad del menor, si éste no tiene su residencia habitual en territorio español, dando entrada al Convenio de La Haya de 1961. Pero a tal fin el menor, pero tenga nacionalidad española. A tal fin, es preciso que el menor tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte de ese instrumento y no sea parte de la UE ni del Convenio de La Haya de 1996.

III. Criterios de competencia judicial internacional

1. Foros de competencia en materia de crisis matrimoniales

14. El art. 3.1 RBII *bis* dispone siete foros alternativos de competencia judicial internacional. Cinco de ellos se basan en el criterio de la residencia habitual de los cónyuges: los órganos jurisdiccionales de un EM tienen competencia judicial internacional para pronunciarse sobre una demanda de separación judicial, nulidad o divorcio si en el territorio de ese EM se encuentra la residencia habitual de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; o si allí estuvo la residencia habitual de ambos, siempre que uno de ellos aún resida allí; o si en ese EM se encuentra la residencia habitual del demandado; o si, en caso de demanda conjunta, está allí la residencia habitual de cualquiera de ellos; o, finalmente, si el demandante lleva residiendo en esos EM desde hace más de un año inmediatamente antes del momento en que presenta la demanda (y no es nacional del foro). El sexto criterio combina la residencia habitual con la nacionalidad (o el “domicile”): el EM de la residencia habitual del demandante también es competente si dicho demandante es nacional del EM del foro y reside habitualmente en el foro, siempre que esta residencia sea de seis meses, al menos, anteriores a la presentación de la demanda. Si todos los criterios mencionados están contenidos en el art. 3.1 a) RBII *bis*, el séptimo lo dispone el apartado b): son también competentes los órganos jurisdiccionales del EM de la nacional común de los cónyuges.

15. La naturaleza fáctica del criterio de la residencia habitual debería comportar que, en principio, no se generasen especiales problemas a la hora de determinarlo y aplicarlo a las situaciones concretas⁴⁵. Y, sin embargo, la práctica de las autoridades estatales demuestra que en algunas situaciones internacionales resulta muy complicado determinar dónde tiene su residencia habitual una familia⁴⁶. No obstante, donde se han detectado más inconvenientes es en la determinación de la residencia habitual cuando

⁴⁵ El *Informe Borrás* se refiere a jurisprudencia del TJUE, de acuerdo con la cual la residencia habitual es 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. *Vid.* §38 *Informe Borrás*.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 8 de mayo de 2002 que cita M. Pertegás en “The impact and application of the Brussels II bis Regulation in Belgium”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, *op. cit.* pp. 57-68, esp. p. 62; o, en lo que respecta a la experiencia de los tribunales franceses, E. Gallant, “L’impact et l’application du Règlement Bruxelles II bis en France”, *loc. cit.*, pp.112-116.

ésta viene referida a los menores. Por eso volveré más adelante sobre esta cuestión, en el marco del análisis de las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental (que son las que manejan este criterio de “residencia habitual del menor”). En lo referente a las crisis matrimoniales, lo que el TJUE ha debido interpretar es la noción de la nacionalidad común, en relación con el foro que dispone el art. 3 en su apartado 2º.

En efecto, el TJUE se pronunció, en su Sentencia de 16 de julio de 2009 (Asunto C-169/08 *Laszlo Hadadi v. Csilla Marta Mesko, married name Hadadi* (en adelante, Asunto *Hadadi*), en relación con dos nacionales húngaros que después de haber contraído matrimonio en su país de origen emigraron a Francia. Allí adquirieron la nacionalidad del Estado de acogida, de forma que, cuando el marido ejercita una acción de divorcio ante los tribunales húngaros, y también cuando la mujer presenta una demanda ante los órganos jurisdiccionales franceses con el mismo objeto, aún tienen en común las nacionalidades de dos EEMM. Los órganos franceses elevaron al TJUE tres cuestiones preliminares: la primera se refería a la posibilidad de que estos órganos interpretaran que debía prevalecer la nacionalidad francesa; la segunda, para el caso de que esa primera fuese respondida negativamente, era si los tribunales franceses podían resolver la cuestión de la doble nacionalidad aplicando el principio de la nacionalidad efectiva; y la tercera, para el caso de que esta segunda recibiera una respuesta negativa, preguntaba si los cónyuges tenían la posibilidad de elegir los tribunales de cualquiera de ambos EEMM. Y esta cuestión es la única que recibió una respuesta afirmativa por parte el TJUE. Así, cuando los cónyuges tienen la nacionalidad de dos (o más) EEMM en común en el momento de presentación de la demanda, resultan competentes los tribunales de estos dos (o más) EEMM, y pueden elegir ejercitar la acción ante las autoridades de cualquiera de ellos⁴⁷.

16. Este asunto además contiene, *obiter dictum*, otra información importante sobre el modo en que opera el Reglamento Bruselas II *bis*. La solución que otorga al caso el TJUE se basa, en gran parte, en el hecho de que el Reglamento establece los foros de competencia antes indicados de forma alternativa, sin que exista ninguna jerarquía entre ellos⁴⁸. En consecuencia, la voluntad de las partes resulta definitiva a la hora de atribuir competencia a un determinado órgano jurisdiccional. Los cónyuges pueden elegir entre cualquiera de los EEMM a que atribuya competencia el art. 3, o el 4 ó el 5. Pero la autonomía de la voluntad se restringe a esos tribunales. No cabe, en particular, una elección de tribunal a favor de los órganos jurisdiccionales de un EM que no sean los que el Reglamento dispone en esos preceptos⁴⁹. Esta imposibilidad ha sido advertida como una carencia importante de este instrumento⁵⁰, especialmente en el marco de la interpretación conjunta de este instrumento con el Reglamento Roma III⁵¹. No

⁴⁷ Sobre este asunto, *vid.* con más extensión mis observaciones en *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 984-987.

⁴⁸ *Vid.* §§ 48 y 49 Asunto *Hadadi*.

⁴⁹ *Vid.* § 31 Informe Borrás.

⁵⁰ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, los informes elaborados por X. Kramer *et al.*, *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*, *cit.*; o por el Instituto Suizo de Derecho Comparado, *The parental responsibility, child custody and visitation rights in cross-border separations, Study*, 2010, pp. 22-23, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/425615/IPOL-PETI_ET\(2010\)425615_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/425615/IPOL-PETI_ET(2010)425615_EN.pdf)

⁵¹ Al respecto, *vid.* por todos M.Á. Sánchez Jiménez, *El Divorcio Internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, *passim*.

sorprende, pues, que sea una de las cuestiones respecto de las cuales se apunta a una necesidad de reforma en el *Informe 2014*⁵².

17. Como consecuencia de la ausencia de reconocimiento de la autonomía de la voluntad, más allá de la que comporta elegir entre los órganos jurisdiccionales a que atribuye competencia el art. 3 RBII *bis* (o el 4 ó el 5), la prórroga de la competencia no se puede solventar una laguna importante del Reglamento Bruselas II *bis* (que el referido *Informe 2014* obvia), cual es la inexistencia de un foro de competencia que permita conocer a los tribunales de un EM cuando los cónyuges residen fuera de la UE y sean nacionales de diferentes EEMM⁵³. Creo que en una situación como esta, y particularmente en el caso de que no puedan divorciarse en el Estado en que residen (por ejemplo, porque en tal Estado no hay divorcio, como ocurre en Filipinas), cabría articular un foro de necesidad en cualquier EM con el que los cónyuges tengan un vínculo estrecho (por ejemplo, el de la nacionalidad de uno de ellos, o el del lugar donde tuvieron su última residencia habitual común). Pero no estaría de más introducir una solución específica en el propio Reglamento, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la uniformidad en su aplicación e interpretación en todos los EEMM.

18. Los artículos 4 y 5 RBII *bis* establecen otros dos foros de competencia. El art. 4 RBII *bis* permite que el tribunal del EM que conozca de una demanda con base en alguno de los foros del art. 3 conozca también de eventual demanda reconvenional que pueda plantear el demandado. Por su parte, el art. 5 articula una norma sobre *perpetuatio iurisdictionis*, que permite a los tribunales del EM en el que se hubiese dictado una resolución sobre la separación judicial convertir esa resolución en divorcio, siempre que la ley de ese EM lo prevea, y aunque ya no concurren los elementos que les permitieron declararse competentes para conocer de la separación judicial⁵⁴.

Estos criterios de competencia también funcionan sobre la base de la alternatividad. Así ocurre, al menos, en lo que respecta a la conversión de la separación judicial y el divorcio. En la práctica, si se inicia un procedimiento ante los tribunales de un EM sobre la base de los arts. 3 ó 4 RBII *bis*, ningún otro tribunal de un EM debería conocer de un procedimiento referido al mismo matrimonio (*vid. infra* §§ 27 y ss.). El cónyuge demandado no puede, pues, iniciar otro procedimiento ante otros tribunales, por más que éstos puedan tener competencia de conformidad con los arts. 3 ó 4 RBII *bis*.

2. Competencia en materia de responsabilidad parental

A. Foros basados en la residencia habitual del menor: definición del criterio

⁵² *Vid.* p. 6.

⁵³ Salvo si solicitasen el divorcio ante los tribunales del EM en el que se pronunció la separación judicial: *vid.* art. 5, y los siguientes párrafos y nota a pie de este trabajo.

⁵⁴ Como se ha puesto antes de manifiesto, podría ocurrir que un matrimonio de dos nacionales de diferentes EEMM (por ejemplo, una española y un francés) tuviesen residencia habitual en un EM cuando solicitaron la separación judicial (por ejemplo, en España), pero posteriormente trasladasen su residencia a un Estado tercero (p.ej., Canadá). En esta situación, ningún EM tendría competencia para conocer de una eventual demanda de divorcio. Sólo el art. 5 permite que el tribunal que concedió la relajación del vínculo conceda su resolución.

19. El criterio de la residencia habitual del menor resulta central en la determinación de la competencia judicial internacional para la adopción de medidas de responsabilidad parental según lo previsto en el RBII *bis*⁵⁵. En primer lugar, porque la norma que puede considerarse general o “principal” confiere competencia judicial internacional en esta materia a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor en el momento en que se presenta el asunto (art. 8 RBII *bis*). Y, en segundo lugar, porque es, además, el criterio retenido en otras normas de competencia que se establecen a modo de excepción, o que regulan situaciones especiales. Así, son los órganos jurisdiccionales del EM de la residencia habitual del menor, antes de que éste se trasladara legalmente⁵⁶ a otro EM, según el art. 9 RBII *bis*, los competentes para modificar la resolución judicial sobre el derecho de visita que pudiera haber sido dictada en aquel EM antes de que el menor cambiase la residencia (con las limitaciones dispuestas)⁵⁷. Son, también, los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual del menor los competentes para pronunciarse sobre las medidas de responsabilidad parental cuando el traslado de un menor de un EM a otro sea ilícito (o se trate de una retención ilícita), en aplicación del art. 10 RBII *bis*⁵⁸.

20. Como se advirtió anteriormente, el lugar en el que el menor tiene su residencia habitual es algo que puede resultar complejo determinar en numerosas situaciones internacionales. Así, no es de extrañar que el TJUE se haya tenido que pronunciar sobre la interpretación del foro de la “residencia habitual del menor” en varias ocasiones. En concreto, son tres las cuestiones prejudiciales elevadas hasta la fecha en relación con este concepto, y cada una de ellas se refiere a la aplicación de diferentes preceptos del Reglamento Bruselas II *bis*; pero, como advierte expresamente

⁵⁵ Recuérdese que también la residencia habitual es el criterio con base en el cual se determina la competencia en materia de separación judicial, nulidad y divorcio, y que otras disposiciones del RBII *bis* también manejan el concepto. Así, el art. 12.3 RBII *bis* prevé la posibilidad de que se atribuya competencia a los órganos jurisdiccionales de un EM distinto al de la residencia habitual del menor si existe acuerdo entre las partes en el procedimiento en el momento de plantearse el asunto, siempre y cuando exista una vinculación estrecha con ese EM; y entre estos vínculos se contemplan la nacionalidad del menor o la residencia habitual de alguno de los titulares de la responsabilidad parental (sobre este foro vuelvo más adelante: *infra*, § 23). Pero, si bien es cierto que la determinación de la residencia habitual del matrimonio o la pareja, o de cada uno de los cónyuges o de los miembros de dicha pareja, no puede en absoluto considerarse aporreada, las principales complicaciones para concretarlo han surgido en lo que respecta a la residencia habitual del menor.

⁵⁶ La licitud o ilicitud del traslado o la retención debe determinarse con arreglo al concepto previsto en el art. 2.11 RBII *bis*, que coincide con el retenido en el art. 3 del CH 1980. Sintéticamente, supone el traslado o la retención ilícita de un menor por uno de sus padres fuera del país donde reside habitualmente, impidiendo con ello el ejercicio del derecho de custodia o de visita del otro progenitor, que estaba siendo efectivamente ejercido antes de ese traslado o retención. En su STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14, *C c M* se realiza una interpretación de este concepto, como más adelante se indica.

⁵⁷ Las limitaciones son tres. Una de carácter temporal: la competencia de los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual se conserva únicamente durante los tres meses siguientes al cambio de residencia. La segunda es espacial: la competencia sólo subsiste si el titular del derecho de visita según la resolución judicial dictada, que se pretende modificar, continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. Y el tercer límite es subjetivo: dicha competencia es derogada en la medida en que el titular del derecho de visita se someta a los tribunales del Estado de la nueva residencia del menor.

⁵⁸ El objetivo de este art. 10 RBII *bis* al disponer la competencia prolongada de los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual es evitar que el desplazamiento ilícito logre el objetivo de alterar la competencia de los tribunales para decidir acerca de la custodia o el régimen de visitas del menor.

el TJUE en la última de esas resoluciones, la interpretación del criterio no puede ser distinta en función de cuál sea la disposición aplicable⁵⁹.

La primera de esas cuestiones se planteó en un asunto relativo a la aplicación del art. 8 RBII *bis* que ya ha sido mencionado, i.e, el Asunto A. En la correspondiente sentencia, el TJUE apunta a tres cuestiones fundamentales a la hora de determinar el concepto, que es una labor que (como también recuerda el Tribunal) corresponde a los órganos jurisdiccionales estatales en cada caso en concreto⁶⁰. La primera es que la interpretación ha de ser autónoma y uniforme, atendiendo al contexto y los objetivos del instrumento; y, a tal fin, recuerda que el foro de la residencia habitual del menor se ha adoptado atendiendo al interés superior del menor y en función del criterio de proximidad (considerando 10 RBII *bis*). La segunda es que la jurisprudencia que el TJUE ha desarrollado para otros ámbitos no resulta trasladable a este contexto. Y la tercera es que existen indicios que ayudan –y deben ser tomados en consideración– a la hora de fijar el criterio en cada situación en concreto. Así, interesa atender a las circunstancias fácticas particulares de cada caso, tales como la presencia del menor en un determinado territorio, y a otros factores que permitan indicar que esta presencia no tiene un claro componente temporal u ocasional; que el menor tiene un cierto grado de integración social y escolar en el concreto EM. Así, en particular, el TJUE apunta, entre esos factores, a la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia; a la nacionalidad del menor; a la escolarización (su duración y condiciones), a los conocimientos lingüísticos y a las relaciones familiares y sociales. Además, atendiendo al caso en concreto, el TJUE también advierte que “*el hecho de que los menores permanezcan en un Estado en el que lleva una vida errante durante un corto período de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado*”. Finalmente, el Tribunal recuerda que existe una disposición en el Reglamento según la cual, en caso de que resulte imposible determinar dónde tiene la residencia habitual un menor, la competencia vendrá atribuida a los órganos jurisdiccionales del EM en el que el menor se encuentre presente (art. 13 RBII *bis*).

Esta interpretación es reiterada en el segundo de los asuntos, esto es, el Asunto *Mercredi*⁶¹, si bien en esta ocasión el TJUE, que debía pronunciarse sobre el criterio de competencia en el marco de los arts. 8 y 10 RBII *bis*, tuvo que afrontar una de las situaciones en las que resulta más problemático determinar dónde tiene un menor la residencia habitual: aquella en la que ese menor es aún lactante. Ciertamente, en este caso, una pareja no casa residente en el Reino Unido se separa antes del nacimiento de su hija. La madre, nacional francesa, se traslada con la bebé a la isla de la Reunión. El traslado fue lícito, a que cuando tuvo lugar sólo la madre tenía derecho de custodia en el sentido del art. 2.9 RBII *bis*. El padre, no obstante, interpone una demanda en el Reino Unido solicitando la atribución de la responsabilidad parental, residencia compartida y derechos de visita invocando, y ante los órganos jurisdiccionales franceses les pide que ordenen la restitución de la menor. Son los británicos los que reclaman del TJ una interpretación del concepto “residencia habitual”. Y al respecto, el Tribunal reafirma la idea de que la residencia habitual de menor se corresponde con el lugar en el que el menor está integrado en un entorno social y familiar; y, como se ha indicado, hace

⁵⁹ En concreto, advierte el TJUE que el concepto de la residencia habitual del menor de los arts. 2.11 y 11 RBII *bis* no puede diferir en su contenido del que se retiene en la jurisprudencia anterior, relativa a los arts. 8 y 10 RBII *bis*: *vid.* § 54 STJUE de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14, *C c M*.

⁶⁰ *Vid.* §§ 31-40 Asunto A.

⁶¹ STJUE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-497/10, *Barbara Mercredi y Richard Chaffe*.

referencia a los indicios antes expuestos⁶². Pero advierte, además, que la determinación de la residencia habitual de un menor lactante presenta particularidades; que los factores que deben tenerse en cuenta cuando el menor está en edad escolar pueden diferir de los que deben valorarse cuando ya ha concluido esos estudios, o cuando es lactante⁶³; y, en relación con la situación de estos menores de corta edad, apunta a la conveniencia de tener presente la vinculación que existe entre la residencia habitual del menor y la residencia habitual de la persona de quien depende⁶⁴.

Finalmente, en *C c. M*, que es el último de los asuntos resueltos a fecha actual en relación con esta cuestión⁶⁵, el órgano jurisdiccional remitente, la *High Court* irlandesa, plantea sus dudas en el marco de una solicitud de restitución de una menor que fue trasladada de Francia (EM donde nació y vivió con sus progenitores sus primeros años de vida) a Irlanda. Se trata, por tanto, de interpretar el concepto de residencia habitual de la menor en el marco de la aplicación de los arts. 2.11 y 11 RBII *bis* por parte del órgano jurisdiccional al que se solicita dicha restitución. En este caso, el traslado había sido autorizado por un órgano jurisdiccional francés, que había atribuido la custodia a la madre y la había autorizado a fijar su residencia en ese otro EM, previendo expresamente, en su resolución, el modo en que se ejercitarían los derechos de visita tanto en el caso de que se produjese el traslado, como en el supuesto de que madre e hija permanecieran finalmente en Francia. La decisión, no obstante, era provisional cuando se efectuó el traslado; y no sólo fue recurrida por el padre, sino que el recurso alteró sustancialmente la cuestión: se atribuyó la custodia al padre y se dispuso la residencia habitual de la menor en territorio francés. En su Sentencia, el TJUE vuelve a reproducir su doctrina anterior en lo que respecta a la determinación de la residencia habitual de la menor⁶⁶. Pero, además, avanza elementos para que el órgano remitente se pronuncie sobre la licitud del traslado, indicando que, tras haber constatado si el menor tenía su residencia habitual en el Estado de origen en el momento del traslado con arreglo a los referidos criterios, debe tenerse en cuenta si ese traslado se ha efectuado sobre la base de una resolución provisional y recurrida, en la medida en que éstos serían “*factores que no favorecen un constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor, ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal*”⁶⁷. Así, con ello, el TJ recuerda que, aunque la intención del responsable parental puede resultar relevante a efectos de determinar si la presencia del menor en un determinado EM es de carácter temporal o no⁶⁸, la mera voluntad de uno de los progenitores no puede alterar la residencia habitual del menor; e indica, a continuación, que el interés del menor demanda “*ponderar estas circunstancias (...) con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado (...) y, en particular, el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen*”⁶⁹.

⁶² Vid. §§ 46-50 Asunto *Mercredi*.

⁶³ Vid. § 53 Asunto *Mercredi*.

⁶⁴ Vid. §§ 54 y 55 Asunto *Mercredi*.

⁶⁵ Citada *supra*, nota 60.

⁶⁶ Vid. §§ 50-53 Asunto *M c C*.

⁶⁷ Vid. § 55 Asunto *M c C*.

⁶⁸ Vid. § 40 Asunto *A*, y § 50 Asunto *Mercredi*.

⁶⁹ Vid. § 56. Creo que, en definitiva, la doctrina del TJ parece proclive a considerar que en la situación en concreto no se produjo dicho cambio de residencia habitual, pues al hecho de que la resolución francesa

B. Foros basados en la autonomía de la voluntad

21. Los foros dispuestos en el art. 12 del Reglamento Bruselas II *bis* tienen en común que se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes. Recientemente, el TJ ha conseguido despejar dudas sobre su funcionamiento, de manera que es claro que el criterio dispuesto en el art. 12.1 RBII *bis* demanda accesoriamente respecto de un procedimiento en materia de crisis matrimonial, y el foro establecido en el art. 12.3 permite fundamentar la competencia de un tribunal de un EM diferente al de la residencia habitual de un menor, aún cuando no exista ningún otro procedimiento pendiente en ese EM (esto es, al margen de toda accesoriamente)⁷⁰.

22. Así, en primer lugar, pueden conocer de las medidas de responsabilidad parental los tribunales de un EM distinto al de la residencia habitual del menor que tengan competencia de conformidad con el propio instrumento para conocer de una demanda de separación judicial, nulidad o divorcio. Al efecto, ha de cumplirse tres condiciones: que dicha competencia haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental, que al menos uno de los cónyuges ejerza tal responsabilidad parental sobre el menor, y que responda al interés superior del menor.

Cuando el menor tiene su residencia en un tercer Estado que además no sea parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, también serán competentes los tribunales por accesoriamente a la cuestión relativa a la crisis matrimonial, según el art. 12.4, que permite presumir que, si no resulta de aplicación tal CH 1996, este foro de competencia actúa en interés del menor, en especial si un procedimiento resulta imposible en el tercer Estado de que se trate (*forum necessitatis*).

Esta competencia accesoria, según lo dispuesto en el art. 12.2, no sigue el principio de *perpetuatio iurisdictionis*: en caso de que ya haya recaído sentencia firme, o cuando el procedimiento relativo al vínculo matrimonial concluye por cualquier otra causa (desistimiento, fallecimiento de algún cónyuge), no podrá emplearse este foro cuando la demanda para la adopción de medidas de protección se interponga con posterioridad al momento en el que se dictó tal resolución. No obstante, nada impide que la demanda relativa a la crisis matrimonial se desarrolle en un mismo EM ante autoridades jurisdiccionales o administrativas diferentes, en cuyo caso la competencia se extenderá hasta que concluya el procedimiento relativo a las medidas de protección del menor, aunque concluya con anterioridad el procedimiento de separación, nulidad o divorcio.

23. También rige la no perpetuación de la competencia cuando la prórroga se efectúa a favor de un órgano jurisdiccional de un EM en aplicación del art. 12.3 RBII *bis*. Como antes se indicó, este precepto admite la sumisión expresa a los tribunales de

que autorizaba el traslado fuese provisional y recurrida se une que sólo transcurrió un mes hasta que el órgano jurisdiccional emitió su decisión en vía de recurso. Nótese que, además, el TJ añade que “*El tiempo transcurrido desde es última resolución no puede tomarse en consideración en ningún caso*”.

⁷⁰ Vid. STJUE de 12 de noviembre de 2014, Asunto C-656/13, *LyM*, en el que participan R, K.

cualquier EM, aunque ante ellos no se esté sustanciando ningún procedimiento sobre nulidad, separación judicial o divorcio⁷¹, siempre que concurren dos condiciones: que dicha competencia responda al interés superior del niño⁷²; y, que se den indicios fuertes de proximidad con dicho EM, en especial porque uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor ostente la nacionalidad de dicho EM. Y, según avanzaba, esta competencia se extingue cuando recaiga una resolución firme en el marco del correspondiente procedimiento: así lo ha afirmado el TJUE en su Sent. de 1 de octubre de 2014⁷³.

IV. Problemas de aplicación de las normas de competencia

1. Control de oficio

24. Cuando el órgano jurisdiccional del EM ante el que se ha presentado una demanda, ya sea de nulidad, separación judicial o divorcio, ya de responsabilidad parental o de ambas cuestiones juntas, no puede afirmar su competencia con base en lo dispuesto en el Reglamento y los órganos jurisdiccionales de otro EM tienen competencia con base en el instrumento, ese órgano jurisdiccional debe declararse de oficio incompetente según lo previsto en el art. 17 RBII *bis*. Esta es la situación, de hecho, que tuvo lugar en el ya referido Asunto *Sundelind* (*supra*, § 11): las autoridades suecas carecían de competencia con base en el Reglamento para conocer del divorcio, pero esa competencia sí venía atribuida *ex art. 3.1 RBII bis* a las autoridades francesas, de forma que aquellas debían declararse de oficio incompetentes⁷⁴.

24. Una situación para la que el art. 17 RBII *bis* no ha previsto solución es aquella en la que los órganos jurisdiccionales del EM ante el que se presenta la demanda carecen de competencia con arreglo a lo previsto en los arts. 3 a 5 RBII *bis*, y, o no están autorizados a determinar su competencia con base en las normas de competencia judicial internacional de fuente estatal (porque la aplicación del Reglamento sea exclusiva en la situación), o carecen de competencia también con base en las normas de competencia judicial internacional dispuestas en la ley interna, pero ningún otro EM tenga conferida competencia con base a lo previsto en el Reglamento. La primera de las situaciones ocurriría, por ejemplo, si una pareja sueco-española reside habitualmente en Canadá, el nacional sueco se traslada a España, donde residieron antes del traslado a Canadá, y solicita el divorcio antes de que hayan transcurrido los meses que el Reglamento dispone. Si la solicitud no se efectúa de mutuo acuerdo, los tribunales españoles carecerían de competencia conforme a lo previsto en el art. 3 RBII *bis*, y no pueden acudir a la LOPJ porque el demandado es nacional de un EM (por tanto, la aplicación del Reglamento sería exclusiva según prevé el art. 6 RBII *bis*). Pero tampoco habría ningún otro EM competente, de manera que haya que estar a lo previsto en el art. 17 RBII *bis*. Como se ha indicado antes, la norma de control de oficio de la competencia sólo se aplicaría si otro EM resultase competente según lo dispuesto en el Reglamento. Y un ejemplo de la segunda de las situaciones es aquella en la que el

⁷¹ *Vid.*, de nuevo, Asunto *L y M*, *cit. supra*, nota 71.

⁷² También en este caso, cuando el menor tenga su residencia en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, se presume que este foro de competencia actúa en interés del menor, en especial si un procedimiento resulta imposible en el tercer Estado de que se trate.

⁷³ STJUE de 1 de octubre de 2014, Asunto C-463, *E. y B.*

⁷⁴ *Vid.* §19 Asunto *Sundelind*.

demandado es nacional de un tercer Estado (p.ej., un cubano) con residencia habitual en su Estado de origen, y la demanda se presenta ante los tribunales de un EM (p.ej., España), ningún otro EM tiene competencia (p.ej., porque la pareja residía en Cuba), pero tampoco el EM del foro (porque el demandante no tienen nacionalidad española, sino cubana, y por tanto no puede invocar ningún foro del art. 22.3 LOPJ).

En situaciones como las segundas de las referidas seguramente quepa entender que, dado que el tribunal ante el que se presenta la demanda está autorizado a recurrir a las normas de competencia dispuestas en su normativa estatal, también puede acudir a las normas de aplicación de las normas de competencia que su ley dispone⁷⁵ (en España, los arts. 36.2 y 38 LEC); pero es más cuestionable defender la extensión de esta solución a las situaciones en las que el Reglamento se declara de aplicación exclusiva. Y estas situaciones son, precisamente, aquellas en las que la persona demandada es nacional de un EM (o tiene su “domicile” en el Reino Unido o en Irlanda) o tiene su residencia habitual en la UE. Por ello, cabe defender que estos demandados no deberían verse obligados a comparecer para impugnar la competencia del tribunal ante el que se ha presentado la demandada, y que, por consiguiente, éste debería declararse incompetente de oficio, aunque esta solución no venga dispuesta expresamente en el art. 17 RBII *bis*, esto es, aunque no haya un tribunal de otro EM competente⁷⁶.

2. Litispendencia y acciones conexas

26. Si las partes iniciasen procedimientos de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio en relación con el mismo vínculo en dos EEMM diferentes, o si litigasen en diferentes EEMM en relación con la responsabilidad parental, se generaría un riesgo de que las resoluciones que dictasen las autoridades de esos EEMM fuesen contrarias o incompatibles (y, por ende, de situaciones claudicantes). El Reglamento Bruselas II *bis* trata de atajar este riesgo, habida cuenta de su doble naturaleza: recuérdese que también regula el reconocimiento de resoluciones entre EEMM.

27. Así, el art. 19.1 RBII *bis* dispone que cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos EEMM, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda deberá suspender el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto la primera; y el art. 19.3 RBII *bis* añade que cuando éste determine su competencia, el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, se inhibirá a favor de aquél, y que, en tal caso, la actora en el segundo procedimiento podrá presentar su demanda ante el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda.

La literalidad de este precepto no permitiría aplicar la norma sobre litispendencia y acciones dependientes cuando las partes en los procedimientos abiertos en los diferentes EEMM no coincidan, aunque se refieran al mismo matrimonio, que es lo que hace que surja el riesgo de relaciones claudicantes⁷⁷. Y aunque la Comisión no se refiera

⁷⁵ En este sentido, R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 169, y referencias allí contenidas.

⁷⁶ Cf. *ibidem*, pp. 170-172.

⁷⁷ Por ejemplo, en el Derecho español cabe que la nulidad, separación judicial o el divorcio sean solicitados por personas con un interés legítimo y directo, pero también por el Ministerio Fiscal (art. 74

a este artículo en su *Informe*, probablemente resulte oportuno modificar el precepto, a fin de hacer constancia expresa de que el mecanismo que dispone debe ponerse en marcha también en esos supuestos, esto es, siempre que las acciones presentadas en EEMM diferentes se refieran al mismo matrimonio, con independencia de quiénes sean las partes que solicitan su nulidad, relajación o disolución.

28. Por su parte, el art. 19.2 RBII *bis* (al que también completa el art. 19.3 RBII *bis*) regula la litispendencia en materia de responsabilidad parental, demandando triple identidad entre las demandas pendientes ante EEMM diferentes, para que el que entra a conocer en segundo lugar deba suspender el procedimiento hasta que el primero se declare competente (y, entonces, se inhíba a favor de éste). A estos efectos, interesa advertir que el TJUE ya ha aclarado que no cabe considerar que concurre litispendencia cuando en uno de los dos EEMM el procedimiento pendiente esté basado en el art. 20 RBII *bis*; esto es, cuando se hayan solicitado ante los órganos jurisdiccionales de un EM la adopción de medidas cautelares y en el otro EM se requiera un pronunciamiento sobre el fondo⁷⁸.

Un aspecto que quizás resultase conveniente aclarar es si, en aras de paliar la rigidez que puede derivarse de este precepto en la prevalencia del tribunal del EM que entra a conocer en primer lugar, se entiende posible recurrir a un instrumento al que no he hecho referencia (por razones de espacio), cual es el *forum conveniens* del art. 15 RBII *bis*, de forma tal que se permitiese al órgano jurisdiccional del EM que entra a conocer en segundo lugar, que solicite al órgano jurisdiccional del EM ante el que se presentó la primera demanda, que se inhíba a favor de él, por resultar más conveniente para el conocimiento del asunto⁷⁹.

V. Conclusiones

Son muchos los aspectos que, en el tiempo en que se lleva aplicando el Reglamento Bruselas II *bis*, han sido aclarados por parte de las instituciones de la UE, en su labor interpretativa. Como se ha puesto de relieve en las líneas precedentes, el TJ ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, dando una respuesta –a mi entender adecuada en términos globales– a cuestiones referidas al ámbito de aplicación material, temporal y espacial del instrumento; a los foros de competencia, y las normas de aplicación.

Así, en lo que al ámbito de aplicación del instrumento respecta, resulta destacable la decisión recaída en el Asunto *Sundelind*, en la medida en que permitió despejar las dudas que plantearon en su momento los arts. 6 y 7 RBII *bis*. De ahí que la conveniencia de reformar estas disposiciones ahora deba valorarse atendiendo a la oportunidad (o no) de profundizar en la unificación de las normas de competencia, reafirmando su aplicación espacial universal y eliminando la posibilidad de que los

Cc). El mecanismo que articula el art. 19 debe operar también cuando el Ministerio Fiscal inste, por ejemplo, la nulidad del matrimonio en España, si existe (o se plantea posteriormente) una demanda de nulidad, separación judicial o divorcio en otro EM en relación con el mismo matrimonio.

⁷⁸ *Vid.*, en este sentido, STJUE de 9 de noviembre de 2010, Asunto C-296/10, *Bianca Purrucker y Guillermo Vallés Pérez*.

⁷⁹ En este sentido, *vid.* Instituto Suizo de Derecho Comparado, *The parental responsibility...*, *op. cit.*, p. 227.

EEMM recurran a sus normativas estatales. Pero la aplicación material de Bruselas II *bis* también ha sido objeto de una concreción importante por parte del TJUE, especialmente en lo relativo a la responsabilidad parental. A este respecto, interesa recordar que, por más que el instrumento detalle cuidadosamente las materias reguladas y las excluidas, el TJUE ha debido pronunciarse en varias ocasiones, manteniendo en todas ellas una interpretación amplia, a la luz de la finalidad del Reglamento de satisfacer las necesidades de protección y asistencia de los menores. Esta interpretación, empero, no parece ser la retenida por la Comisión en su *Guía Práctica* en lo que respecta a la aplicación del instrumento a los menores emancipados; y de ahí que, como he defendido, ésta interpretación no es la que deba retenerse. Tampoco creo que quepa acudir a la solución del RRIII en lo que respecta a la negación de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a los matrimonios en la aplicación de este instrumento, para responder a la cuestión de si el Reglamento Bruselas II *bis* se aplica en todos los EEMM cuando el matrimonio respecto del que se solicita la nulidad, la separación o el divorcio, se ha celebrado entre personas del mismo sexo. Pero se trata, claro está, de mi opinión. Sea a efectos de seguirla o no, probablemente convenga incluir estas dos cuestiones en la agenda de las reformas en aras de dotar al Reglamento de mayor seguridad jurídica.

Las normas de competencia también han sido objeto de interpretación por el TJUE: tanto en lo referido a la determinación de los foros (señaladamente, el de la nacionalidad común y el de la residencia habitual del menor) como en su funcionamiento. Así, se ha confirmado, por ejemplo, que en materia de crisis matrimoniales el Reglamento acoge claramente el principio de *favor divortii*, pero no permite una prórroga de la competencia. Se puede optar por diferentes tribunales, pero en todo caso únicamente los que el Reglamento dispone con carácter alternativo. Esta carencia ha sido advertida como uno de los elementos sobre los que interesa actuar de cara a mejorar la normativa. De esta forma, si la autonomía de la voluntad fuese reconocida, quizás no resultaría preciso introducir una solución específica a otro problema detectado, cual es la inexistencia de un foro de competencia que permita conocer a los tribunales de un EM cuando los cónyuges residen fuera de la UE y sean nacionales de diferentes EEMM. En lo tocante a la responsabilidad parental, como es sabido, sí cabe prórroga de la competencia, en los supuestos previstos en el art. 12 RBII *bis*; y el TJ ha conseguido también despejar dudas sobre su funcionamiento, afirmando que el criterio dispuesto en el art. 12.1 RBII *bis* demanda accesoriamente respecto de un procedimiento en materia de crisis matrimonial, y el foro establecido en el art. 12.3 permite fundamentar la competencia de un tribunal de un EM diferente al de la residencia habitual de un menor, aún cuando no exista ningún otro procedimiento pendiente en ese EM (esto es, al margen de toda accesoriamente). Además, del mismo modo que quedaba clara la no aplicación de la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* en aplicación del art. 12.1 RBII *bis*, el TJUE ha dispuesto que rige la no perpetuación cuando la prórroga se efectúa a favor de un órgano jurisdiccional de un EM en aplicación del art. 12.3 RBII *bis*.

Finalmente, en lo referente a las normas de aplicación de las normas de competencia, la intervención del TJ ha procurado una respuesta a dudas referidas a la litispendencia en materia de responsabilidad parental, aclarando que no se da si en uno de los dos EEMM si en uno se ha solicitado la adopción de medidas cautelares y en el otro un pronunciamiento sobre el fondo. Lo que podría procurarse en una eventual reforma de este precepto es flexibilizar más su formulación, a fin de que quepa acudir al

mecanismo del *forum non conveniens* también cuando se produzca litispendencia. Y también, y sólo en la medida en que no se modifique el ámbito de aplicación espacial del instrumento, convendría colmar la laguna que comporta no haber abordado la actuación del órgano jurisdiccional al que se ha presentado la demanda, cuando ni es competente con base en el Reglamento ni en sus normas internas y no existe otro EM con competencia para conocer del asunto.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio”, S. Álvarez González (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, De conflicto legum, 2009, pp. 9-37.
- BARATTA, R.: “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPrax*, 2007, pp. 4-11.
- BORRÁS, A.: “From Brussels II to Brussels II bis and further”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, Ambers/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 3-22,
- DE MIGUEL ASENSIO, P. “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado”, *La Ley Unión Europea*, núm. 4150, 30 de marzo de 1998.
- DEVERS A. y FARGE, M.: “Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- GALLANT, E.: “L’impact et l’application du Règlement Bruxelles II bis en France”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, op. cit., pp. 103-121.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Nota al AAP de Madrid (Sección 24) de 1 de junio de 2011”, *REDI*, 2012, pp. 208-211.
- INSTITUTO SUIZO DE DERECHO COMPARADO: *The parental responsibility, child custody and visitation rights in cross-border separations, Study*, 2010.
- KENNET, W.: “The Brussels I Convention”, *ICLQ*, 48, núm. 2, abril 1999, pp. 467-472.
- KOHLER, C.: “Interrogations sur les sources du droit international privé après le traité d’Amsterdam”, *Rev.crit.dr.int.priv.*, 1999, pp. 1-30.
- KRAMER, X. et al.: *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*.
- MCELEAVY, P.: “Current developments: I. Brussels II bis: matrimonial matters, parental responsibility, child abduction and mutual recognition”, *ICLQ*, núm. 53, abril 2004, pp. 503-518.
- MICHAELS, R.: “The New European Choice-of-Laws Revolution”, *Tulane LR*, 82, mayo 2008, pp. 1607-1643.
- NI SHUILLEABHAIN, M.: *Cross-Border Divorce Law: Brussels II Bis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-7.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, núm. 7913, 31 de julio de 2012, pp. 1-14.
- PERTEGÁS, M.: “The impact and application of the Brussels II bis Regulation in Belgium”, K. Boele-Woelki y C. González Beilfuss (Eds.), *Brussels II bis: Its Impact and Application in the Member States*, op. cit. pp. 57-68.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. “Recent Trends in the Case-Law of the Court of Justice of the EU: Judicial Cooperation in Civil Matters and Private International Law, J. Díez-Hochleitner et al. (Coords.), *Recent trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 547-574.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.Á.: *El Divorcio Internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- VAQUERO LÓPEZ, C.: “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 597-980.

ABSTRACT

Ten years have already passed since Brussels II *bis* Regulation entered into force. Along these years, the EU institutions, and especially the ECJ, have developed an important task in the interpretation and application of this instrument. By means of an analysis of this development, this paper is directed to contribute to the reflection on some of the issues that are currently under consideration ahead of a possible reform of the Regulation, and also to draw attention to other issues that are not being considered. For reasons of limited space, whole consideration is given to the rules on international jurisdiction.

RESUMEN

Han transcurrido ya diez años desde la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II *bis*. A lo largo de estos años, las instituciones de la UE, y especialmente el TJCE, han desarrollado una tarea importante en la interpretación y aplicación de este instrumento. A través del análisis de esta labor, este trabajo tiene el doble propósito de, por una parte contribuir a la reflexión sobre algunas de las cuestiones que actualmente se están considerando de cara a una posible reforma del Reglamento; y, por otra, llamar la atención sobre otras cuestiones que no estarían siendo consideradas. Por razones de espacio, el estudio se centra en exclusiva en el sector de la competencia internacional.

PALABRAS CLAVE

Competencia judicial internacional – Crisis matrimoniales – Responsabilidad parental - Reglamento Bruselas II *bis* - Jurisprudencia del TJUE

KEYWORDS

International jurisdiction – Matrimonial crisis – Parental responsibility – Brussels II *bis* Regulation - ECJ Case Law

OPINIÓN

Aún cuando cabe afirmar que, en términos generales, el Reglamento Bruselas II *bis* contiene una regulación de la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental bastante adecuada, a lo largo de los diez años de su vigencia se han puesto de manifiesto algunas carencias, que conviene poner de manifiesto de cara a una posible reforma del instrumento. De hecho, el análisis de la labor de las autoridades de la UE en la aplicación e interpretación de este instrumento resulta fundamental en esta tarea.

El TJUE ha resuelto de forma satisfactoria algunas incógnitas, como, por ejemplo, la referente a la relación entre (y la aplicación de) los arts. 6 y 7, en lo tocante al ámbito espacial, o la determinación de qué medidas son “medidas de responsabilidad parental” a efectos de aplicar el instrumento. Además, viene desarrollando una doctrina cada vez más nutrida en lo que respecta a la interpretación del que probablemente sea el foro de competencia más problemático, esto es, el de la residencia habitual del menor. La interpretación del TJUE también ha confirmado aspectos, tales como la inexistencia de prórroga de la competencia en materia de nulidad, separación judicial o divorcio, que se han revelado como los puntos fundamentales a reformar. Pero hay cuestiones que aún no han sido objeto de la correspondiente cuestión prejudicial, de forma que carecen de interpretación vinculante del TJ, y en relación con las cuales no resulta viable acudir a otros instrumentos institucionales (así, a la solución del Reglamento Roma III contraria a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a los matrimonios entre personas del mismo sexo) o a la lectura que la Comisión haya podido realizar (como ocurre con

la negativa de ésta respecto de la aplicabilidad de las medidas de protección a los menores emancipados).

ABSTRACT

Ten years have already passed since Brussels II *bis* Regulation entered into force. Along these years, the EU institutions, and especially the ECJ, have developed an important task in the interpretation and application of this instrument. By means of an analysis of this development, this paper is directed to contribute to the reflection on some of the issues that are currently under consideration ahead of a possible reform of the Regulation, and also to draw attention to other issues that are not being considered. For reasons of limited space, whole consideration is given to the rules on international jurisdiction.

RESUMEN

Han transcurrido ya diez años desde la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II *bis*. A lo largo de estos años, las instituciones de la UE, y especialmente el TJCE, han desarrollado una tarea importante en la interpretación y aplicación de este instrumento. A través del análisis de esta labor, este trabajo tiene el doble propósito de, por una parte contribuir a la reflexión sobre algunas de las cuestiones que actualmente se están considerando de cara a una posible reforma del Reglamento; y, por otra, llamar la atención sobre otras cuestiones que no estarían siendo consideradas. Por razones de espacio, el estudio se centra en exclusiva en el sector de la competencia internacional.

PALABRAS CLAVE

Competencia judicial internacional – Crisis matrimoniales – Responsabilidad parental - Reglamento Bruselas II *bis* - Jurisprudencia del TJUE

KEYWORDS

International jurisdiction – Matrimonial crisis – Parental responsibility – Brussels II *bis* Regulation - ECJ Case Law

OPINIÓN

Aún cuando cabe afirmar que, en términos generales, el Reglamento Bruselas II *bis* contiene una regulación de la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales y de responsabilidad parental bastante adecuada, a lo largo de los diez años de su vigencia se han puesto de manifiesto algunas carencias, que conviene poner de manifiesto de cara a una posible reforma del instrumento. De hecho, el análisis de la labor de las autoridades de la UE en la aplicación e interpretación de este instrumento resulta fundamental en esta tarea.

El TJUE ha resuelto de forma satisfactoria algunas incógnitas, como, por ejemplo, la referente a la relación entre (y la aplicación de) los arts. 6 y 7, en lo tocante al ámbito espacial, o la determinación de qué medidas son “medidas de responsabilidad parental” a efectos de aplicar el instrumento. Además, viene desarrollando una doctrina cada vez más nutrida en lo que respecta a la interpretación del que probablemente sea el foro de competencia más problemático, esto es, el de la residencia habitual del menor. La interpretación del TJUE también ha confirmado aspectos, tales como la inexistencia de prórroga de la competencia en materia de nulidad, separación judicial o divorcio, que se han revelado como los puntos fundamentales a reformar. Pero hay cuestiones que aún no han sido objeto de la correspondiente cuestión prejudicial, de forma que carecen de

interpretación vinculante del TJ, y en relación con las cuales no resulta viable acudir a otros instrumentos institucionales (así, a la solución del Reglamento Roma III contraria a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a los matrimonios entre personas del mismo sexo) o a la lectura que la Comisión haya podido realizar (como ocurre con la negativa de ésta respecto de la aplicabilidad de las medidas de protección a los menores emancipados).