

CONCRECIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL DE LOS
CÓNYUGES EN LAS CRISIS MATRIMONIALES EUROPEAS,
EPISODIO 1: AÚN CON VIDA ENTRE VARIOS ESTADOS, SOLO
HAY UNA RESIDENCIA HABITUAL*

CONCRETION OF THE HABITUAL RESIDENCE OF SPOUSES
IN EUROPEAN MARRIAGE CRISIS, EPISODE 1: STILL LIVING
BETWEEN SEVERAL STATES, THERE IS ONLY
ONE HABITUAL RESIDENCE

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528.

Recibido:30.12.2021 / Aceptado:25.01.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6692>

Resumen: Asistimos al episodio uno de la definición por el TJUE del concepto de residencia habitual de un cónyuge en un procedimiento de divorcio regulado por el Reglamento Bruselas II bis. Para el Tribunal, a pesar de que la vida de las personas adultas se puede desarrollar en un entorno más variado que la de los menores y por ello tenga vínculos naturales con más de un Estado miembro, en la aplicación del Reglamento un cónyuge solo tiene una residencia habitual. Los criterios para concretar esta residencia son inicialmente dos. El subjetivo, la voluntad del sujeto de que en un determinado Estado miembro se concrete su centro de vida e intereses. El objetivo, que en él tenga una presencia física mínimamente estable.

Palabras clave: residencia habitual, crisis matrimoniales, residencia simple en dos Estados miembros, una única residencia habitual, criterios de concreción subjetivo y objetivo.

Abstract: Episode one deals with the CJEU's definition of the concept of habitual residence of a spouse in divorce proceedings regulated by the Brussels II bis Regulation. For the Court, despite the fact that the lives of adults can develop in a more varied environment than that of minors and therefore they have natural links with more than one Member State, in the application of the Regulation a spouse only has one habitual residence. The criteria to specify this residence are initially two. The subjective, the will of the subject that the center of life and interests is specified in particular member state. The objective, that it has a minimum stable physical presence in it.

Keywords: habitual residence, marriage crisis, simple residence in two Member States, a single habitual residence, subjective and objective specification criteria.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de diciembre de 2021.

** lucas.perez@ulpgc.es.

Sumario: I. Introducción: episodio 1, la novedad jurisprudencial. II. Los hechos y los problemas a resolver por el TJUE. 1. Los hechos del proceso, divorcio con residencia simple en dos Estados miembros. 2. Problemas planteados (y planteables) ante el TJUE. III. Posición central del Tribunal, solo existe una residencia habitual. 1. Características de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales. 2. Una única residencia habitual. 3. Consecuencias prácticas. IV. Concretando el concepto para el futuro, completamos la Sentencia del TJUE. 1. Centro habitual de vida e intereses del cónyuge, los elementos a valorar. 2. Elemento subjetivo, la voluntad del cónyuge. 3. Elemento objetivo, la permanencia con alguna estabilidad. 4. Complementos de los criterios, lo que falta por concretar. 5. Porqué disintimos con el parecer del TJUE. V. Propuesta a futuro ¿cómo no seguir apostando por la concreción del concepto? VI. Conclusiones.

I. Introducción: episodio 1, la novedad jurisprudencial

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha resuelto por primera vez una cuestión prejudicial de un Tribunal de un Estado miembro que consulta sobre los criterios para concretar la residencia habitual de un cónyuge en una situación de crisis matrimonial. Lo ha hecho en la reciente resolución de 25 de noviembre de 2021. Hasta ahora siempre había resuelto sobre menores, en seis de sus resoluciones¹ que posibilitaron el inicio de la creación de un concepto de residencia habitual jurisprudencial en los supuestos de niños y niñas que no aporta la norma y que ha animado a la doctrina a desarrollar su estudio y concreción como veremos a lo largo de todo el trabajo, tanto en el estricto ámbito de las relaciones parentales, como en otros². Debíamos considerar previsible que el primer objeto de conocimiento del Tribunal con cierto detenimiento fuese el de los menores y la aplicación del artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis³. El interés superior del menor⁴ y las especiales circunstancias que el mismo presenta en los conflictos entre quienes ejercen la patria potestad provocan una mayor conflictividad y dudas respecto a la competencia de los tribunales de los Estados miembros. Esto provoca habitualmente la necesidad de resolver estos procedimientos de forma ciertamente rápida y la aplicación para ello del procedimiento sumario⁵. Estas dudas han motivado la alta conflictividad antes señalada en comparación a la inexistencia hasta el momento actual de ninguna resolución sobre la residencia habitual de los cónyuges.

2. Este hecho supone una gran novedad jurisprudencial y creemos que el episodio uno de la concreción de la residencia habitual en un nuevo ámbito de aplicación del Reglamento, el de la competencia

¹ Son las STJUE; 2 abril 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 22 diciembre 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; 9 octubre 2014, caso *M*, asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268; 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436; 28 junio 2018, caso *HR*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; 17 octubre 2018, caso *UD*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

² En el presente trabajo se podrá apreciar el volumen de análisis doctrinales publicados en los últimos años sobre la residencia habitual en sus diversos ámbitos de aplicación de la responsabilidad parental o el secuestro internacional de menores. Ejemplo de ello son los trabajos publicados en los dos últimos años en esta revista, Cuadernos de Derecho Transnacional, y también en otras revistas científicas. Nos ha parecido de interés hacer el ejercicio, y en el este trabajo, solo de CDT, citamos 6 trabajos de 2019, 6 de 2020 y 11 de 2021.

³ Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, 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, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como Bruselas II bis (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). El Reglamento será sustituido el 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DOUE L178/1 de 2 de julio de 2019, que será denominado Bruselas II ter, y en él la residencia habitual de los menores se regulará en el artículo 7 con similar contenido al actual.

⁴ *Vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, homenaje al profesor Dr. José Carlos, Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 1175 a 1090; A. MERCHAN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 635-644.

⁵ Siguiendo así las propias Recomendaciones del Tribunal de Justicia a los órganos judiciales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, de julio de 2018, que en su apartado 33 establecen que dicho procedimiento procede en los litigios relativos a la patria potestad o a la custodia de hijos menores cuando la competencia del juez que daba conocer del asunto en virtud del Derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial. DO C 257/1 de 20-7-2018, p. 1.

judicial internacional de los Estados miembros para conocer de las crisis familiares en aplicación del artículo 3 (mismo artículo en Bruselas II ter). En él, sin que la modificación legislativa haya producido más cambio que la enumeración de los criterios de los foros, la residencia habitual es el principal criterio de determinación de la competencia de los tribunales de un Estado miembro, tal y como se ha ido asentando en todo el derecho de familia europeo⁶. Esta residencia habitual se aplica tanto de ambos cónyuges conjuntamente si siguen conviviendo en el mismo Estado, como considerados por separado⁷. El operador jurídico debe distinguir, diferenciar y aplicar los criterios externos que muestren los cónyuges y que concreten cuál es su residencia habitual, y este es el elemento clave para la buena aplicación del derecho europeo⁸ y para la correcta determinación de la competencia de los Tribunales de los Estados miembros sin dilaciones indebidas.

3. Por su posible evolución futura y su carácter inicial e incompleta por lo que señalaremos a lo largo del trabajo, opinamos que la resolución es el episodio uno de una posible saga de sucesivas resoluciones en las que el Tribunal lleve a cabo la misma acción de concreción de la residencia habitual en este supuesto de las crisis matrimoniales similar a la que ya ha hecho en menores, y que nos permita ir construyendo poco a poco el concepto con sucesivos y futuros análisis doctrinales⁹. En esta primera resolución el Tribunal respondió a la única pregunta prejudicial realizada por el Tribunal nacional que inicia el procedimiento y que se centró en si se podía considerar que en aplicación del artículo 3 del Reglamento un cónyuge podía tener dos residencias habituales simultáneamente. Si bien el Tribunal en su fallo únicamente responde a esta pregunta y esta materia será el objeto principal de nuestro estudio, consideramos que de su resolución y de las conclusiones del Abogado General¹⁰, el español Manuel Campos Sánchez-Bordona, se pueden obtener otras conclusiones de gran interés para empezar a desgranar este concepto, y quizás cuáles pueden ser las futuras resoluciones del Tribunal cuando se le consulte por los criterios concretos a aplicar para determinar la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, en el presente trabajo proponemos ir algo más allá del análisis de la sentencia del Tribunal y derivar de esta resolución no solo cuántas residencias habituales puede tener un cónyuge, sino cuál es la naturaleza de la residencia habitual en crisis familiares e iniciar el trabajo de análisis de cuáles deben ser los criterios para concretarla.

II. Los hechos y los problemas a resolver por el TJUE

1. Los hechos del proceso, divorcio con residencia simple en dos Estados miembros

4. IB, marido de nacionalidad francesa, y FA, esposa de nacionalidad irlandesa, se casaron en 1994 en Bray (Irlanda). Desde 1999 convivieron en Irlanda en una vivienda de su propiedad y tuvie-

⁶ Nos remitimos al estudio con más detenimiento de esta regulación, interrelacionando los distintos instrumentos jurídicos aplicables en, L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRAZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales, y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 929-940.

⁷ Para un estudio con más detenimiento de los distintos criterios del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en “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)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 21, año II, mayo de 2014, pp. 5-22, pp. 14-16; G. SCUDIERI, “I profili problematici del concetto di residenza abituale in materia matrimoniale”, *Contratto e impresa Europa*, 2017, pp. 591-637, pp. 604-607; M. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003”, *CDT*, marzo 2017, Vol. 9, Nº 1, pp. 468-474, pp. 471-474. Analiza los criterios de competencia y la opción de la mediación; G. PALAO MORENO, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, nº 1 2014, pp. 451-531.

⁸ *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp.14-16.

⁹ La trascendencia del tema ya prevé un buen número de estudios futuros sobre esta misma sentencia, tal y como ha ocurrido con el concepto en menores con anterioridad y podremos ver en el presente trabajo. Por ejemplo, esperamos el trabajo de análisis de la resolución de DEVERS en la *Revue Droit de la famille*, aún pendiente en el momento de escribir estas líneas. *Vid.* <https://alaindeversavocat.com/divorce-international-la-notion-de-residence-habituelle-de-lepoux-enfin-devant-la-cjue/>.

¹⁰ ECLI:EU:C:2021:561.

ron tres hijos que en el momento del inicio del proceso son adultos y siguen sus estudios en Irlanda residiendo en el hogar familiar. En cuanto a la vida en común de la pareja, el marido, IB, francés, lleva desarrollando su actividad profesional en Francia desde 2010 de forma alterna, y de forma continuada desde mayo de 2017. Para ello durante la semana reside en París en un apartamento propiedad de su padre. Afirma que desarrolla su vida social en Francia desde 2017, sin vivir habitualmente en Irlanda y de hecho su mujer pasa temporadas con él en el país galo, aunque se ha negado a trasladarse definitivamente a Francia. La esposa niega esta descripción de su convivencia. Afirma que siempre han tenido la residencia habitual en Irlanda y que la familia nunca valoró trasladarse de forma permanente a Francia. El marido únicamente modificó su residencia laboral a Francia, donde trabaja y percibe sus ingresos, pero seguía manteniendo sus relaciones familiares habituales en Irlanda como desde 1999, ya que desde 2017 habría seguido yendo a la casa familiar en dicho Estado miembro todos los fines de semana cuando finalizaba su actividad laboral. En esos fines de semana convivía con su esposa y sus hijos desarrollando actividades familiares, deportivas y de ocio. Incluso vivieron juntos las vacaciones de Navidad de 2018 en el hogar familiar en Irlanda. En septiembre de 2018 habían decidido divorciarse y consultaron a un abogado en Irlanda. Sorpresivamente para ella, IB presentó la demanda en Francia el 28 de diciembre de 2018, solo tres meses después de haber decidido el divorcio y sin modificar la dinámica de su vida anterior ya que no se había producido una separación de facto entre los cónyuges¹¹. El Tribunal de apelación francés que inicia el procedimiento confirma que no existe la acreditación de una separación de hecho entre IB y FA antes del inicio del procedimiento de divorcio, sin que se pueda afirmar probado que ambos decidiesen modificar su residencia común a Francia.

5. El marido presentó el 28 de diciembre de 2018 una solicitud de divorcio ante el Tribunal de Grand Instance de París. Este se declaró incompetente el 11 de julio de 2019, porque a su juicio el demandante no tenía la residencia habitual en Francia, donde únicamente se encontraba su lugar de trabajo. Para el Tribunal la residencia habitual del demandante para interponer el divorcio estaba en Irlanda y era común con la de su esposa. Tras la apelación del marido de 30 de julio de 2019, el Tribunal de Apelación inició el procedimiento prejudicial. Para el Tribunal de segunda instancia ha quedado acreditado que el domicilio familiar está en Irlanda, pero considera que junto a este domicilio familiar el marido tenía un domicilio laboral diferente en Francia, y que por ello tenía dos residencias habituales; una familiar en Irlanda desde 1999 y otra profesional en Francia ya que desde el 15 de mayo de 2017 había instalado el centro de sus intereses profesionales en París, con elementos de conexión ni ocasionales ni circunstanciales. Por ello tenía residencia laboral en Francia desde hacía más de seis meses sin perder la residencia familiar en Irlanda en ese periodo. De este razonamiento el Tribunal requirente deduce que, en aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, que regula foros alternativos¹², tanto los Tribunales irlandeses como los franceses tienen competencia sobre el asunto por tener IB en ambos países la residencia habitual. Para ello el tribunal francés cita como antecedente de la consideración de la competencia en dos Estados miembros a la vez el caso *Hadidi*, resuelto mediante STJUE 16 julio 2009¹³.

¹¹ Los hechos tienen para nuestro trabajo un verdadero interés, ya que podemos considerar que no son en absoluto extraños en las parejas internacionales en las que los cónyuges viven en un Estado miembro en la vivienda familiar junto a los hijos y uno de ellos se desplaza durante los días laborables a otro Estado miembro por motivos de trabajo. Por otro lado, en situaciones de crisis familiares es muy habitual que uno de los cónyuges pueda volver a residir a su Estado miembro de origen, pero mantenga lazos personales y/o profesionales con el Estado miembro en el que se desarrolló la vida en común. La consideración de residencia habitual que se concrete en este supuesto puede alumbrar otros casos en el futuro.

¹² El criterio nuclear de la concreción de la competencia judicial para las crisis familiares en el citado precepto es el de la residencia habitual, debiendo considerar en él la nacionalidad como secundario. *Vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en los casos de divorcios internacionales (a propósito de la SAP de Toledo de 4 de marzo de 2020)”, *La Ley*, nº 9794, 2021, p. 5. El artículo marca la competencia internacional para todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en crisis familiares, sean judiciales o extrajudiciales, *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 460-492, p. 469.

¹³ Asunto C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474. El mismo Tribunal francés admite que en él se establecía la competencia alternativa de dos Estados miembros por tener vínculos con ambos, pero refiriéndose dicho caso a la aplicación del criterio de la nacionalidad, no el de residencia habitual, toda vez que los dos cónyuges eran nacionales de dos Estados miembros. Admite el Tribunal requirente que en el procedimiento actual analizamos la existencia o no de dos residencias habituales a la vez, cuya

6. Toda vez que el Tribunal de Apelación de París no duda sobre dónde está la residencia habitual de los cónyuges en este supuesto, no consulta sobre los criterios para determinarla. Para el Tribunal es claro que la esposa vive en Irlanda y que el esposo tiene su residencia familiar en dicho país junto a su esposa, vivienda familiar, y lugar en el que viven sus hijos, que si bien son mayores de edad están aún en edad escolar y conviven con los dos padres. Sin embargo, considera que además de dicha residencia familiar cuenta con otra residencia, la profesional, y por ello la consulta sólo se centra en preguntar si en aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis un cónyuge puede tener dos residencias habituales y por lo tanto esos dos Estados miembros son competentes para conocer del procedimiento aplicando dicho criterio¹⁴. Como vemos, no insta al Tribunal a pronunciarse sobre los criterios de establecimiento de la residencia habitual, o sobre si el esposo podría haber cambiado ya la residencia de Irlanda a Francia, toda vez que ya había decidido cuáles y de qué tipo eran sus dos residencias habituales, lo que no obsta para que la resolución sí haya entrado a analizar estos criterios. Es este hecho el que motiva que en el presente trabajo sí entremos en el análisis de los mismos, los aportados por el Tribunal y los que creemos que le faltan por valorar y también en la opinión mostrada por el TJUE sobre cuál era la residencia habitual del demandante en este supuesto.

2. Problemas planteados (y planteables) ante el TJUE

7. El principal problema que se le plantea al Tribunal en el procedimiento es el de la consideración de una posible doble residencia habitual para fijar la competencia judicial internacional de un cónyuge en la aplicación de los criterios del artículo 3 del Reglamento. Una residencia habitual familiar y otra profesional de uno de los cónyuges que motive que ambos Estados miembros sean competentes. El tribunal requirente no duda del hecho de que el ámbito personal del demandante se encontraba desde 1999 en Irlanda, donde tenía el hogar familiar, su esposa y sus hijos, y el ámbito profesional en Francia, donde tenía la actividad laboral y un apartamento familiar en el que residía durante el periodo laboral semanal. Esta situación era estable desde 2017, y se mantenía en septiembre de 2018 cuando ambos cónyuges deciden divorciarse. En dicha situación, para el Tribunal francés existen dos residencias habituales porque se cumple el criterio del apartado “vi” del mismo de la residencia habitual durante seis meses en el Estado miembro del que es nacional¹⁵.

8. Sin embargo, podemos considerar que debajo del asunto principal subyacen otros dos problemas vinculados al mismo, que sobrevuelan el procedimiento y sobre los que de hecho se pronuncia el TJUE. El primero, cómo no, es el de qué criterios debemos tener en cuenta para concretar dónde se encuentra la residencia habitual de los cónyuges en el supuesto de crisis familiares. El Tribunal ya se ha pronunciado en las resoluciones antes citadas sobre menores en los criterios generales a tener en cuenta en este tipo de supuestos regulados por el artículo 8¹⁶. Por otro lado, los hijos ya son mayores de edad, y

definición presupone una interpretación. Volveremos en el epígrafe III.2 sobre el error que a nuestro juicio supone esta argumentación analógica por parte del Tribunal de segunda instancia francés.

¹⁴ La pregunta exactamente fue; “Cuando se deduce de las circunstancias de que un cónyuge comparte su vida entre dos Estados miembros, ¿puede ser considerado, en el sentido del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 y para su aplicación, que su residencia habitual en dos Estados miembros, por lo que, si las condiciones enumeradas en este artículo se cumplen en dos Estados miembros, los tribunales de estos dos Estados también son competentes para pronunciarse sobre el divorcio?”

¹⁵ El actual Reglamento Bruselas II bis no tiene enumeración ni denominación de los apartados del artículo 3.1.a, y habitualmente se han denominado “guiones”. Por claridad expositiva empleamos la configuración del mismo a partir del 1 de agosto de 2022 en el que en el Reglamento Bruselas II ter el artículo 3.1.a tiene los criterios denominados o enumerados del “i” al “vi”.

¹⁶ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materias de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, *REEI*, n. 40, 2020, pp. 1-35. La autora, gran conocedora y experta de la doctrina del TJUE en materia de residencia habitual de menores, afirma que de la doctrina sobre niños y niñas se puede derivar cuáles son los criterios para concretar la residencia habitual de los titulares de la patria potestad, p. 11. Coincidimos en que esta línea jurisprudencial nos da claves para concretar criterios, pero también destacamos que es necesario detenerse a analizarlos con su especificidad del distinto ámbito material que presentan las crisis familiares de la responsabilidad parental.

no estamos ante un supuesto de responsabilidad parental¹⁷ nunca planteado, sino ante la primera ocasión en la que analiza exclusivamente la residencia habitual de uno de los cónyuges. Y por ello, los criterios para determinarlos y si la valoración del Tribunal francés es correcta también es objeto de análisis en este trabajo. Debemos objetivar los criterios a valorar para determinar la residencia habitual en las crisis familiares al igual que lo ha hecho el Tribunal en los asuntos de menores¹⁸, y tras objetivar estos criterios poder tener más claves a la hora de la resolución de futuros casos con especiales dificultades¹⁹. Dedicaremos un epígrafe de nuestro trabajo a exponer cuáles son los criterios, los que cita el Tribunal y los que a nuestro juicio deja de valorar.

9. El segundo de los aspectos que creemos que no puede analizar el Tribunal porque no se le pregunta pero que tiene gran trascendencia en las crisis familiares es el efecto del traslado del marido y de la propia crisis familiar sobre la consideración de la existencia de residencia habitual común de ambos cónyuges prevista en el supuesto “i” del artículo 3.1.a del Reglamento o si la misma ha dejado de existir. Se debe concretar cuáles son los criterios externos a valorar para considerar la aparición de una residencia diferenciada de cada uno de los cónyuges por separado, reguladas en los dos últimos apartados, “v” y “vi”. Este segundo aspecto es de gran importancia para conocer cuándo se pueden emplear ambos criterios de residencia habitual de los dos cónyuges, y en tal caso admitir la competencia de más de un Estado miembro porque el demandado y el demandante, cónyuges, han dejado de tener residencia habitual común y cada uno la tiene por separado. Como vemos, supuestos de gran complejidad habituales en las crisis familiares²⁰, que analizamos en el epígrafe IV.4 del presente trabajo.

III. Posición central del Tribunal, solo existe una residencia habitual

10. Antes de desarrollar el objeto central del fallo del Tribunal creemos oportuno detenernos, si bien sea muy brevemente, en el hecho de que el mismo resuelve inicialmente la primera petición del Tribunal de Apelaciones de París negándose a tramitar la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado contenido del artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia²¹. Afirma,

¹⁷ Es decir, “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”, *vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2007, Caso C, Asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, párrafo 53. *Vid.* las especiales características de la responsabilidad parental en; A. DURÁN AYAGO, “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (directores), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 353-363, p. 360. Sobre su definición, *vid.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº 2, pp. 819-828, p. 822. En relación a la conflictividad en su ejercicio en supuestos de sustracción internacional de menores a terceros Estados, *vid.* C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS y MCP”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº 2, pp. 639-648.

¹⁸ Por ejemplo, sobre la determinación de la residencia habitual de un menor fuera de la Unión si los dos progenitores o uno de ellos reside en la Unión y el divorcio lo conoce un Tribunal de un Estado miembro, *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 104 y 105.

¹⁹ En materia de sucesiones el legislador ya aportó en los considerandos 23 y 24 del Reglamento criterios para concretar la residencia habitual. Por desgracia esta concreción nunca fue repetida en los demás instrumentos europeos posteriores. Un detallado estudio de situaciones complejas en el ámbito de las sucesiones, y en las que alguna de ellas es similar a la de este supuesto –intereses personales en un Estado miembro y profesionales en otro–, lo podemos apreciar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65-74. También los estudia recientemente L. CARRILLO POZO, “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, asunto C-80/19”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, nº1, pp. 755-766, pp. 757-758. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65-74.

²⁰ Al respecto, y en relación a la regulación del derecho italiano y francés y la residencia habitual en el Reglamento Bruselas II bis, *vid.* G. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n° 2201/2003: note a margine delle prime pronuncie italiane”, *CDT*, octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, pp. 242-249, pp. 247-249.

²¹ DO L 265 de 29-9-2012, p. 1. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (DO L 265 de 29.9.2012), en su versión modificada el 18 de junio de 2013 (DO L 173 de 26.6.2013, p. 65), el 19 de julio de 2016

para ello, que estamos ante un supuesto en el que, además del hecho de que la organización de la vida de los cónyuges afectados depende de qué Estado tiene la competencia para conocer del divorcio, el órgano jurisdiccional francés no ha establecido ninguna circunstancia extra del supuesto que acredite que la naturaleza del caso exija su pronta tramitación. Consideramos que la posición del Tribunal no es la más acertada. Si bien aplaudimos que en los procedimientos de menores sí aplique la tramitación del procedimiento por el trámite de urgencia tal y como lo ha hecho en sus últimas resoluciones²², estimamos que el tribunal debería haber resuelto de otra manera acordando seguir el procedimiento acelerado.

11. Los procedimientos de familia resuelven litigios que afectan de lleno a las personas, que resuelven su estado civil y por lo tanto marcan su vida diaria, su desarrollo futuro y su libertad. La ruptura o no de un vínculo matrimonial como el del actual supuesto, de 24 años de duración y del que viven tres hijos comunes, afecta de forma esencial a la esfera más íntima de sus protagonistas. Si bien en este supuesto los hijos son mayores de edad aún están siguiendo su formación y viven en el domicilio familiar. La forma de organizar su convivencia, su futuro y quizás la repartición del patrimonio dependen del Estado de la Unión Europea que tiene competencia para conocer del divorcio. Y por esto consideramos que el Tribunal debe darles a todos estos procedimientos de crisis familiares la mayor celeridad. Porque de su resolución depende que se pueda iniciar el procedimiento y establecer medidas cautelares vigentes el mismo. En el presente supuesto la demanda de divorcio se interpuso en diciembre de 2018, la cuestión prejudicial tuvo entrada en el TJUE el 30 de junio de 2020 y la resolución se dictó del 25 de noviembre de 2021. Consideramos que tres años desde la primera demanda y un año y cinco meses en el TJUE es un tiempo extenso para que las partes deba esperar a conocer cuál es el Estado miembro competente para conocer de su divorcio, y solo a partir de dicho momento puedan iniciar el procedimiento. Debemos valorar que el legislador europeo ha considerado en el propio texto legal que aplicamos, el Reglamento Bruselas II bis, seis meses como periodo suficiente para considerar modificada la residencia habitual de uno de los componentes de la pareja si la misma se modifica respecto a la residencia anterior común al Estado de su nacionalidad. Si esto es así, en un análisis comparativo, treinta y cinco meses desde la primera demanda, o diecinueve meses de proceso en el TJUE, casi tres veces más de tiempo en el mejor de los casos, se debe considerar un periodo excesivo para que las partes conozcan el lugar competente para conocer de su divorcio, por lo que se debería haber admitido tramitar la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado²³.

1. Características de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales

12. El Tribunal solo había resuelto hasta el momento sobre la residencia habitual de los menores, y había insistido en su especificidad y en que dependían de criterios muy vinculados a su interés superior de protección, su edad y desarrollo y a su dependencia de quien ejercía la responsabilidad parental. Estos criterios se han objetivado como los de la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la

(DO L 217 de 12.8.2016, p. 69), el 9 de abril de 2019 (DO L 111 de 25.4.2019, p. 73) y el 26 de noviembre de 2019 (DO L 316 de 6.12.2019, p. 103).

²² *Cfr.*: al respecto, su última resolución sobre menores, STJUE 17 octubre 2018, C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835, párrafos 22 a 28 en los que cita los antecedentes en los que ha resuelto de igual manera en temas de menores. Sobre la misma, *vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, N° 66, año VII, enero de 2019, pp. 107-120; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el macro del Reglamento 2201/03: sentencia de 17 de octubre de 2018, UB y XB, AS. 393/18 PPU”, *CDT*, octubre 2019, Vol. 11, n° 2, pp. 462-471.

²³ Creemos que no procede entrar a analizar con más detenimiento este aspecto procesal del asunto, si bien quisiéramos dejar al menos expuesta nuestra opinión sobre la necesidad de solución de los asuntos relativos al derecho de familia con la mayor celeridad posible. Sobre los procedimientos ante el TJUE en general, podemos citar el ya clásico trabajo de Vicepresidenta del TJUE desde del 9 de octubre de 2018 al 7 de octubre de 2021, R. SILVA DE LA PUERTA.: *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, Madrid, 2º edición, 1993.

permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado²⁴.

13. Esto es así por la falta de definición de la residencia habitual. Mucho ha citado la doctrina esta falta de definición²⁵ y no es discutido que el legislador europeo, de forma voluntaria, ha optado por no definir nunca la residencia habitual en ninguno de los reglamentos europeos de familia y sucesiones²⁶. Incluso, en el Reglamento Bruselas II ter, en el que se confirma la trascendencia de la residencia habitual para establecer la competencia en materia de crisis familiares y de menores²⁷, en ningún momento ha optado por aportar un concepto de residencia habitual. Y ciertamente el legislador podría haberlo hecho, ya que sí modifica alguna de las definiciones del artículo 2, actualizando las de juez y documento público, y añadiendo en el artículo 2.6 una absolutamente novedosa, la de *niño*, como persona menor de 18 años. Podemos afirmar que es una posición del legislador europeo la falta de conveniencia de aportar una definición de residencia habitual, aunque no podamos conocer su motivación para ello, ya que en ningún documento está expuesta²⁸.

14. Partiendo de la concreción de los criterios de la residencia habitual de los menores, el Tribunal reflexiona sobre la diferente naturaleza jurídica de los conflictos entre cónyuges. Los cónyuges no tienen dependencia de nadie para fijar su residencia habitual. De hecho, en los conflictos, la primera consecuencia es que la vida marital, y por lo tanto la residencia en el mismo domicilio, finaliza, trasladándose alguno de los cónyuges, o los dos, del domicilio conyugal, que con la crisis deja de serlo. Y en las rupturas transnacionales no es extraño que alguno de los cónyuges cambie de Estado, pudiendo volver, por ejemplo, a su Estado de origen, distinto del de convivencia conyugal previa²⁹. A esta circunstancia se le une la propia naturaleza de la vida de los adultos en un mundo globalizado, en el que su entorno es de naturaleza más variado que el de un niño, compuesto por un espectro significativamente más amplio de actividades e intereses; familiares, profesionales, socioculturales, patrimoniales y de más tipos, que además pueden estar localizados en distintos Estados miembros. En las crisis con menores también se producen modificaciones

²⁴ La primera resolución que los citó fue la STJUE 2 abril 2009, caso *A*, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, apartado 39. Tras ella las siguientes sentencias que resolvieron procedimientos de menores citaron los mismos criterios. *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 30, julio 2020, pp. 470-495.

²⁵ *Vid.* R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child Protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. LOBACH y T. RAPP, ed, *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, Heildeberg, 2021, pp. 49-90, p. 66; G. SCUDIERI, *ob. cit.*, p. 591; D. GLUHAI, “Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículo 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003”, *CDT*, marzo 2019, vol. 11, n° 1, pp. 751-757, p. 753; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *CDT*, marzo 2020, vol. 12, n° 1, pp. 97-117, pp. 110; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales de un divorcio transnacional”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, N° 1, pp. 784-794, p. 787.

²⁶ Respecto a los motivos de este silencio en el Reglamento de sucesiones, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N° 19, 2015, pp. 15-35, p. 19.

²⁷ Toda vez que, en este ámbito de menores, sigue considerando que es el que mejor cumple con el principio de interés superior del menor. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional e menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol. 73/2, 2021, pp. 229-260, p. 234.

²⁸ En 62 ocasiones se nombra la residencia habitual en la propuesta de la Comisión, 56 en el texto de las modificaciones y 6 en la exposición de motivos, y en ninguna de ellas se cita la conveniencia o no de aportar una definición. Hace una aproximación a las razones la profesora Borrás en su informe sobre el Convenio de 1998, que analizamos con más detalle en el siguiente epígrafe, al que nos remitimos.

²⁹ Cita expresamente el Tribunal en el apartado 55 de la resolución que un cónyuge puede, a causa de la crisis conyugal, decidir abandonar la antigua residencia habitual de la pareja para establecerse en un Estado miembro distinto del de dicha antigua residencia y presentar allí una solicitud de disolución del vínculo matrimonial, y es perfectamente posible que lo haga sin dejar de mantener una serie de lazos sociales y familiares en el territorio del Estado miembro de la anterior residencia habitual de la pareja.

de la residencia de los mismos en los momentos cercanos a la ruptura³⁰, pero en el supuesto de crisis conyugales, es precisamente el alejamiento de alguno de los cónyuges del domicilio familiar el que siempre se produce. Y el hecho de que, si el traslado es a otro Estado miembro, estos ciudadanos estén ejerciendo el derecho a la libertad de circulación y establecimiento, le otorga a la acreditación del lugar de la residencia habitual un perfil con significado propio vinculado a la construcción de la concepción de ciudadanía europea³¹. Y es con estos condicionantes con los que debemos estudiar las singulares características de la aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis frente a la ya conocida aplicación del artículo 8³².

15. Para concretar el concepto el Tribunal nos recuerda, como lo ha hecho en anteriores ocasiones, que en las instituciones jurídicas en las que no existe una definición legal y el legislador europeo no se remite al Derecho de los Estados miembros para regularlas, se debe realizar una interpretación autónoma y uniforme del concepto en el ámbito del derecho europeo, aplicable en toda la Unión. Para ello se debe tener en cuenta el contexto de las disposiciones que lo mencionan y los objetivos del Reglamento en cuestión, creando así un concepto autónomo del Derecho europeo. Esta definición tiene consideración propia en este derecho de ámbito supranacional diferenciado de la propia regulación que del mismo puedan tener los sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros³³. Debemos, pues, de alejarnos de esa regulación de los Estados miembros, en la que alguno de ellos sí diferencia entre dos tipos de residencia, como ocurre en el Derecho italiano, en su artículo 43 del Código Civil en el que diferencia entre residencia y domicilio³⁴, lo contrario a lo establecido en el Código Civil español que, por lo prescrito en su artículo 40, no considera la existencia de dos conceptos diferentes, asimilando domicilio a residencia habitual³⁵. Y en con estos condicionantes con los que el Tribunal ha de resolver la consulta efectuada por el Tribunal francés respondiendo si en aplicación del Reglamento, ID tiene una única residencia habitual o si puede tener varias.

2. Una única residencia habitual

16. Toda vez que esta es la primera vez que se le plantea, el Tribunal analiza el concepto de residencia habitual en la regulación de las crisis conyugales, lo que es de especial interés para ir logrando su concreción teórica y su mejor aplicación práctica futura. Inicialmente afronta el análisis textual. En él afirma que el Reglamento nunca menciona la residencia habitual en plural. En su artículo 3 establece como criterio a aplicar la residencia habitual de ambos cónyuges conjuntamente, siendo una sola. La re-

³⁰ Para el reciente análisis de dos supuestos problemáticos de traslado de menores justo en el momento de la crisis familiar, *vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *CDT*, Vol. 11, 2, octubre 2019, pp. 641-651; y L. ÁLVAREZ AGOUÉS, “Traslado transfronterizo y fijación temporal del criterio de la residencia habitual del menor como foro de competencia judicial internacional: comentario al auto de la Audiencia provincial de Córdoba de 16 de julio de 2020”, *CDT*, Vol. 13.2, octubre 2021, pp. 595-603.

³¹ Con ello el establecimiento de la residencia habitual como criterio de localización de la competencia judicial de los Estados miembros logra un trato igualitario de todas las personas que habitan en un mismo territorio y la no discriminación por razón de la nacionalidad, prohibida en el artículo 18 TFUE. Al respecto, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, Vol. 67/2, 2014, pp. 49-79, p. 55.

³² Analiza la aplicación de estos criterios en un supuesto de residencia habitual fuera de la Unión Europea, la aplicación de la competencia residual del artículo 14 y del derecho interno, X. ORBEGOZO MIGUEL, “Competencia de los tribunales españoles para conocer de una demanda relativa a la potestad parental sobre un menor residente en un Estado no miembro de la UE (SAP Barcelona, 2 de noviembre de 2020)” *CDT*, octubre 2021, vol 13, nº 2, pp. 848-854, pp. 850-852.

³³ Así lo ha establecido la Jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en la Sentencia 22 de diciembre de 2010, *caso Mercredi* Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. *Vid.* N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, *op. cit.*, p. 824. También al respecto, y la oportunidad de la creación de conceptos autónomos de Derecho europeo en conceptos fácticos como la residencia habitual *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31.

³⁴ El precepto establece “El domicilio de una persona es el lugar donde ha establecido el lugar principal de negocios e intereses. La residencia está en el lugar donde la persona tiene su morada habitual”. Simplificando, el domicilio está más relacionado con la vida profesional y la residencia con la personal y familiar. *Vid.* I. RIVA, “Domicilio e residencia. Artt. 43-47, in II codice civile” en F. D. BUSNELLI, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1-268, pp. 39-57.

³⁵ *Vid.* C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid, decimosexta edición, 2010, pp. 266-267.

sidencia de uno o del otro cónyuge si viven en distintos lugares, o incluso del hijo en el artículo 8, y nunca lo hace en plural. Incluso ante la duda es esencial el contenido textual del artículo 66 del Reglamento, que aclara la posibilidad de que en un Estado miembro haya dos ordenamientos jurídicos de ámbito civil (como los derechos forales españoles), y cómo establecer la residencia habitual, la nacionalidad, las autoridades nacionales o las normas. En el mismo afirma que en todos los casos solo se tendrá en cuenta una única residencia habitual, en concreto la de la unidad territorial en cuestión³⁶, nunca la posibilidad de que una persona tenga dos residencias habituales. Así pues, el Reglamento no previó en su aprobación, en ningún momento, la existencia de varias residencias habituales simultáneas.

17. El segundo criterio que emplea el Tribunal es el de la definición de residencia habitual que anteriormente ha aplicado a los supuestos de menores, que ya hemos citado anteriormente. Aun regulando materias diferentes, la doctrina tradicional del Tribunal sobre la residencia habitual señala que la misma debe ser estable y regular, con cierto grado de permanencia³⁷, y esta permanencia y estabilidad difícilmente puede verse plasmada en diversos lugares a la misma vez. Por otro lado, en todas las resoluciones anteriormente citadas que resuelven temas de menores, y aún con una vida algo itinerante y con cambios señalados en alguno de los supuestos, el Tribunal nunca se planteó la posibilidad de la existencia de dos residencias habituales, optando siempre por la existencia de una única residencia habitual.

18. El tercer apoyo de análisis del Tribunal, que también destacó el Abogado General, es el contenido del Informe Borrás³⁸, que remite a la definición clásica de la jurisprudencia de la institución, siempre en singular. Esta es el lugar donde el interesado ha fijado, con la voluntad de conferir un carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses. Consideramos muy relevante detenernos en este informe, más de lo que lo hace la resolución analizada, por su claridad a la hora de acreditar el motivo de la falta de definición del concepto en el Convenio de 1998. En él, en su apartado 32, la Profesora Borrás señala que la existencia de dicha conexión debe ser analizada por el juez estatal. Y sobre su falta de definición, nos señala que en los trabajos preliminares se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968³⁹ en relación a la fijación del domicilio, descartando esta opción. Y, creemos que muy acertadamente, se descartó el aspecto de concreción temporal originaria del Convenio que se propuso, un año a lo largo de los cinco años inmediatamente precedentes a la demanda, y se optó por la actual indeterminación temporal en la que se debían tener en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos de dicha residencia habitual. Posteriormente volveremos a este hecho, pero consideramos compatible mantener la falta de determinación de un periodo concreto de tiempo para considerar la existencia de la residencia habitual, con la objetivación de qué hechos constitutivos se deben valorar para determinar la residencia de unos cónyuges y cuáles para la de un menor, labor esta última respecto a los menores en la que ya ha iniciado su posicionamiento el Tribunal. Nosotros lo haremos al final de nuestro trabajo en la de los cónyuges.

³⁶ Textualmente; “Por lo que se refiere a un Estado miembro en el que se apliquen en entidades territoriales diferentes dos o más ordenamientos jurídicos o conjuntos de normas relativos a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento: a) toda referencia a la residencia habitual en ese Estado miembro se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial”.

³⁷ Por todas, apartados 44 y 51 de la Sentencia 22 de diciembre de 2010, caso *Mercredi* Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. Exponemos dicha definición y citamos su importancia para proteger el interés superior del menor en; L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la AP de Barcelona”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127.

³⁸ Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. DO 1998, C 221, p. 1. Informe disponible en; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998XG0716&from=ES>. Si bien el informe se centra en el Convenio de 1998, al no entrar en vigor, pero incorporarse su articulado y los criterios de competencia judicial internacional al Reglamento 2201/2003 que sustituyó al 1347/2000, el mismo es plenamente vigente para el estudio de los motivos que provocaron la falta de definición de la residencia habitual en la normativa europea sobre crisis familiares.

³⁹ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada). DO nº C 027 de 26-01-1998 p. 1-27.

19. Otro motivo se centra en que el Reglamento no puede desligarse en su determinación para acreditar los foros competentes de la protección del ejercicio de la esencial libertad de circulación de los ciudadanos europeos que el Tribunal han asentado de continuo⁴⁰. Por ello ha permitido el ejercicio de esta libertad en las situaciones de crisis familiares estableciendo el carácter alternativo de los foros en caso de cese de la convivencia conyugal. Sin embargo, como se aprecia en todos los foros recogidos en el artículo 3 del Reglamento, están citados en singular. Los criterios son alternativos y exclusivos por lo prescrito por el artículo 6 del Reglamento, que señala que un cónyuge residente habitual o nacional en un Estado miembro sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, a 5. Como señala el Tribunal⁴¹, y estamos de acuerdo con él, el Reglamento ha instituido reglas de conflicto flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y también proteger los derechos del cónyuge que haya abandonado el Estado miembro de residencia habitual común. Pero lo hace garantizando al mismo tiempo la existencia de una conexión real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia. Así, o se admite un foro, el de los cónyuges conjuntamente, u otros en los que pueden compartirse el del demandado y el del demandante en caso de residir en Estados diferentes por haberse roto la convivencia. Pero en ambos supuestos el legislador considera la posibilidad de una única residencia habitual de cada uno de los cónyuges, nunca la de varias residencias de uno solo de los cónyuges.

20. A efectos discursivos y prácticos, y aunque no lo hace el Tribunal, sí que procede que nos preguntemos qué ocurriría si se admitiesen dos residencias habituales. Ya que no existe una definición del concepto, ¿cómo concretamos esas dos residencias? ¿Qué criterios aplicamos? ¿Podrían tener más de una residencia ambos cónyuges? Desde luego que dicha posibilidad atentaría contra la seguridad jurídica y la previsibilidad de las acciones y de la competencia de los Estados miembro, favoreciendo claramente el *Forum Shopping*. Si esto fuese así una variedad de Estados podrían ser competentes para conocer del asunto y sin una definición concreta los órganos jurisdiccionales estatales no serían capaces de pronunciarse con un mínimo de certeza sobre su competencia o la de otro Estado. En tal caso la simple estancia en un Estado miembro podría permitir el establecimiento de la competencia sin necesidad de contrastar su mayor o menor estabilidad y permanencia, permitiendo la validez de una residencia habitual y de otra que no lo es, y que podríamos calificar de eventual⁴². Este hecho atentaría claramente contra el principio de seguridad jurídica.

21. A nuestro juicio, además de favorecer la seguridad jurídica, también debemos señalar que esta solución de una única residencia habitual evita la plasmación de los peores efectos del *Forum Shopping*⁴³. La aplicación de los apartados “v” o “vi” del artículo 3 se produce cuando ya ha habido una efectiva modificación de la residencia del demandante y la ha desligado de la del demandado, y ya no tienen la misma residencia habitual. Pero en este caso el demandante solo tendrá una, y el demandado tendrá otra, dos diferentes residencias y competencias porque existen dos personas que forman parte de un matrimonio que tienen dos residencias distintas, generalmente como consecuencia de la propia crisis y en el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación. Si se admitiese que uno de los cónyuges tiene

⁴⁰ Vid. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Libre circulación de personas y Derecho Internacional Privado: un análisis a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *CDT*, octubre 2017, Vol. 9, Nº 2, pp. 106-126; M. REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: Consecuencias del asunto Coman y otros”, *RDCE*, nº 62, 2019, pp. 41-79.

⁴¹ Apartado 33 y apartados 44 y 45 de la resolución.

⁴² O “simple”, como muy acertadamente señaló el Abogado General en el apartado 94 de sus conclusiones (la cursiva es nuestra); “Operar de ese modo no garantiza menos discusión entre las partes sobre qué residencia, entre varias, es relevante para un proceso. Más bien, *añade un nuevo factor de complejidad al debate: cada vez que una parte presentara como habituales dos o más residencias, habría que dilucidar si todas lo son en realidad. A la postre, aumentaría el riesgo de que una residencia «simple»* (y no la habitual del artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003) finalmente determine la competencia judicial internacional”.

⁴³ Una de las finalidades esenciales de los Reglamentos europeos es la de evitar el *Forum Shopping*, tal y como señala J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, pp. 741-754, p. 752. Sobre los peores efectos el *Forum Shopping*, vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad *Forum Shopping* y recurso de revisión: “Causa causae est causa causati”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 1051-1060.

varias residencias habituales por tener vínculos de permanencia física con algún otro Estado además de con el que tenga su relación estable y permanente, se favorecería la creación de vínculos físicos artificiales expresos que no respondan a los intereses estables y permanentes del demandante, creando otro “centro de vida e intereses” con la única finalidad de lograr la competencia de un Estado miembro que le sea favorable, o que simplemente dificulte la defensa procesal del otro cónyuge, vulnerando con ello la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁴.

22. La última consecuencia que la posibilidad de la existencia de varias residencias habituales provocaría tiene relación con las acciones accesorias a la de la disolución del vínculo matrimonial cuando proceden, esto es, las acciones por responsabilidad parental, las de alimentos o las vinculadas a la liquidación del régimen económico matrimonial⁴⁵. Si uno de los cónyuges pudiese tener varias residencias habituales a la vez se pondría en peligro el principio de previsibilidad de la jurisdicción, y la interrelación entre los instrumentos establecida por el legislador europeo⁴⁶. Se vulneraría la finalidad de la norma, la de que, por la mejor relación con las acciones, las mismas pudiesen ser conocidas por el Tribunal que más conexión guarde con cada una de ellas, quedando claramente desvirtuado este principio⁴⁷.

23. Por último, la referencia del Tribunal de Apelación francés a la existencia de un precedente y a la aplicación por analogía de lo resuelto en la sentencia *Hadidi* no puede ser admitida, toda vez que estamos hablando de criterios diferentes, la residencia habitual aquí, la nacionalidad en el caso *Hadidi*, con naturalezas jurídicas muy distintas⁴⁸. En aquél caso, ambos cónyuges poseían dos nacionalidades, la húngara de su origen, y la francesa obtenida tras su residencia en dicho Estado miembro. Y en el mismo se aplicaba el criterio de la letra b del artículo 3. Letra diferente, con criterio diferente –nacionalidad por residencia habitual–, con naturaleza jurídica muy diferente, que además exige circunstancias concretas, en especial que ambos cónyuges tengan la misma nacionalidad. En el citado supuesto, dado que ambos cónyuges tenían ambos las dos nacionalidades y en las dos coincidían, permitía que dos Estados miembros fuesen competentes, pero por la aplicación directa de dicho criterio de la nacionalidad⁴⁹. Este es un

⁴⁴ DO C 364/20, de 18 de diciembre de 2000. Si se admitiese esto se podría tener tres, cuatro, cinco... residencias habituales. Podrían ser incontables las posibles residencias habituales si una persona tuviese varios centros de intereses laborales, por ejemplo, lo que podría ocurrir perfectamente.

⁴⁵ Una de las finalidades de la reforma de Bruselas II bis por el Reglamento 2019/1111, tal y como aprecia E. RODRÍGUEZ PI-NEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional Privado Europeo”, *REDI*, Vol. 69, 2017, pp. 139-165, p. 164.

⁴⁶ *Vid.* apartado 40 de la STJUE 4 junio 2020, caso *FX*, asunto C-41/19, ECLI:EU:C:2020:425 o los considerandos 15 y 49 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183/1 de 8 de julio de 2016. Sobre la interrelación de la residencia habitual entre Bruselas II bis y Roma III en el ámbito de las crisis familiares, *vid.* J. GOMES DE ALMEIDA, “O favor divortii e os seus limites no regulamento Roma III: comentário ao acordao do tribunal de justiça da uniao europeia de 16 de julho de 2020, JE contra KF, C-249-19, EU:C:2020:750”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, nº1, pp. 874-886, p. 884; R ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, *ob. cit.*, p. 54.

⁴⁷ Y también con ello se desvirtuaría la correlación *forum-ius* que consagran varios instrumentos europeos (conclusiones 89 y 90 del escrito del Abogado General). Cobra especial trascendencia del principio de conexidad en el nuevo Reglamento Bruselas II ter en las acciones de responsabilidad parental; *vid.* M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Acción de responsabilidad parental vinculada a un nuevo proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/111”, *REDI*, Vol. 72/2, 2020, pp. 143-162, p. 155. Sobre la estrecha relación entre Bruselas II bis y Roma III por regular ambos las crisis familiares, *vid.* M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Plurinacionalidad y autonomía de la voluntad den el ámbito de la ley aplicable al divorcio”, *REEI*, nº 38, diciembre 2019, pp. 1-28, p. 20. Sobre la relación entre Bruselas II bis y el Reglamento de alimentos, *vid.* M. J. Sánchez Cano, “La aplicación del RBII bis en materia de responsabilidad parental por los tribunales españoles: comentario crítico al AAP Barcelona de 23 de julio de 2020”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, Nº2, pp. 913-924, pp. 917-920.

⁴⁸ Sobre la interrelación entre ambos criterios y la diferencia de su naturaleza jurídica, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, marzo 2010, Vol. 2, Nº1, pp. 186-202.

⁴⁹ Y esto ocurre, porque en el apartado 55 de la citada resolución en Tribunal optó descartar la aplicación de la “nacionalidad efectiva”, admitiendo la aplicación de las dos por dos motivos. El primero, porque el artículo 3 del Reglamento no exige la condición de nacionalidad “efectiva” para que sea aplicada (en el artículo 22.1 segundo párrafo del Reglamento de sucesiones, de hecho, el legislador europeo admite la elección de cualquiera de las nacionales que disfrute la persona de forma expresa, aunque por la aplicación del derecho nacional no sea su nacionalidad efectiva). La segunda, porque admitir únicamente la

criterio objetivo, jurídico, documentalmente acreditable. Nada tiene que ver con la residencia, criterio de hecho, fáctico, que debe ser acreditado por circunstancias de hecho. En la nacionalidad interviene el Estado, no la simple voluntad del sujeto. Su aplicación ni provoca inseguridad jurídica, ni favorece el *Forum Shopping*, ni debe ser interpretado por los Tribunales más allá de la legalidad de la documentación que lo acredite. Por ello su aplicación analógica a este supuesto no puede ser admitida.

3. Consecuencias prácticas

24. Esta posición del Tribunal concreta a futuro que por residencia habitual conjunta de los cónyuges deberemos entender aquella que ambos tienen y en la que comparten la vida en común, y que solo podrán tener una. No se podrá entender que tienen varias residencias habituales, aunque vivan de forma alterna en varios Estados. Si se da la residencia conjunta podremos aplicar la letra “i” del artículo 3.1.a aunque uno de los cónyuges tenga una vida algo más itinerante que el otro, y aun así solo se podrá entender que existe una residencia habitual de la pareja considerada como tal. Hasta ahora no habíamos contado con ninguna resolución del Tribunal de Justicia que nos concretase este hecho. Una pareja que convive de forma habitual tiene una sola residencia habitual, aunque no pueda hacerlo de manera permanentemente habitual porque alguno de los cónyuges se desplace por motivos profesionales o personales. Y esta será la residencia que deberemos tener en cuenta para conocer la competencia de un Estado miembro en caso de crisis familiar. No se podrá argumentar en ningún caso que la pareja tiene varias residencias habituales a la vez⁵⁰.

25. La segunda de las consecuencias es que esta residencia conyugal puede dejar de existir en el momento en el que la pareja sufra la crisis matrimonial, y uno de los cónyuges traslade de forma efectiva su vida a otro Estado. En este momento la residencia de la persona que queda en el lugar en el que fue conyugal pasa a ser su residencia personal y competencia como el último lugar de residencia habitual de los cónyuges ya que ese cónyuge sigue residiendo allí –letra “ii” del artículo 3.1.a- y será su residencia habitual como posible demandado si no cambia de lugar de residencia –letra “iii” también aplicable en dicho supuesto-. Y la residencia de ese miembro de la pareja será compatible con la existencia de otra residencia habitual del otro miembro, que podrá ser distinta si se traslada de Estado miembro, pero que solo podrá ser una independientemente de la mucha o poca estabilidad que tenga ese miembro de la pareja que se ha desplazado. Si este cónyuge tiene una vida algo itinerante se deberán analizar la totalidad de sus circunstancias para conocer cuál es su residencia habitual, circunstancias que analizaremos en el epígrafe IV de nuestro trabajo⁵¹.

IV. Concretando el concepto para el futuro, completamos la sentencia del TJUE

1. Centro habitual de vida e intereses del cónyuge, los elementos a valorar

26. El Tribunal de apelación francés únicamente preguntó sobre si un cónyuge puede tener dos residencias habituales en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. En ningún momento consulta por

efectiva exigiría tomar en consideración toda una serie de circunstancias que no siempre conducirían a un resultado claro dañando la seguridad jurídica, lo que sería contrario al objetivo consistente en facilitar la aplicación del Reglamento nº 2201/2003 mediante la utilización de un criterio de conexión sencillo y unívoco.

⁵⁰ Esta consecuencia provoca que surja la duda de dónde se puede considerar que se concreta la residencia habitual de una pareja que tiene una vida permanentemente itinerante, sin que se asienten en ningún lugar. Nómadas sociales o digitales que están en continuo movimiento durante años sin asentarse en ningún Estado miembro concreto. En este caso opinamos que se deberá entender que tienen una sola residencia habitual, que coincide con el Estado de permanencia de la pareja en cada momento.

⁵¹ Debemos tener muy en cuenta que, al igual que en la nota anterior, los supuestos y distintos tipos de vida de los ciudadanos que pueden ejercer su libertad de circulación en la Unión puede provocar una gran variedad de supuestos diferentes. Ciudadanos que tienen varios domicilios profesionales en los que alternan su vida sin que hayan rehecho una vida familiar concreta. Ciudadanos con una vida itinerante sin volver al mismo lugar. Ciudadanos que rehacen su vida en un determinado lugar con otra pareja, pero siguen trabajando en el Estado de residencia conyugal anterior. Y así una gran cantidad de supuestos.

los criterios para concretar dicha residencia habitual. Tal y como hemos citado anteriormente, el tribunal remitente considera que la residencia familiar desde 1999 está en Irlanda, y no tiene dudas sobre ello, y cree que esta se conjuga con una residencia profesional durante más de seis meses en el Estado miembro del que es nacional, Francia. Por esto consulta si existen dos residencias. Una vez que el TJUE ha aclarado que solo puede haber una residencia habitual aplicando el concepto clásico del centro habitual de vida e intereses que asentó desde su primera resolución, la Sentencia 15 septiembre 1994, caso *Magdalena*⁵², podía haber dejado ahí el asunto. Damos por hecho que el Tribunal francés, a los efectos de resolver el divorcio, acudiría a la concreción de la residencia familiar que ha admitido en su resolución, Irlanda, ya que el ámbito de aplicación de Bruselas II bis es el derecho de familia, no a la residencia que consideraba profesional, no regulada por el citado instrumento jurídico.

27. Sin embargo, el TJUE, en los apartados 57 a 61 de su resolución va más allá, y concreta cuáles son los dos criterios esenciales a valorar para determinar la residencia habitual y se manifiesta sobre cuál es la residencia concreta en este supuesto⁵³. Y creemos que lo hace, tal y como veremos, porque considera que tribunal francés ha errado en su valoración de dónde se encuentra la residencia habitual del demandante⁵⁴. Y por ello entra a concretar, si bien lo hace muy brevemente, los criterios que se debe aplicar para resolver este supuesto. Nosotros no estamos de acuerdo con su parecer final y su aplicación práctica en relación con el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, lo que expondremos en el epígrafe IV.5. Veremos que el TJUE cree que la residencia estaba en Francia, a donde IB había cambiado su residencia profesional. Aunque disintamos de su posición, la argumentación del Tribunal nos es especialmente útil para analizar de cara a futuro cuáles son los criterios a aplicar para determinar la residencia habitual en las crisis familiares europeas. Con esta argumentación, aunque quizás con finalidades diferentes, el Tribunal continúa su línea iniciada en la STJUE 28 junio 2018, caso *HR*⁵⁵, en la que sí estableció qué criterios se debían entender en aquel caso para establecer la residencia habitual y cuáles no, lo que no ha hecho con posterioridad⁵⁶. Aprovechamos dicha parte final de la resolución para analizar “ese algo más” que la misma nos aporta. Estudiar cuáles son los criterios para establecer la residencia habitual de los cónyuges y cómo podríamos aplicarlo a futuro en una posible definición de la misma. La resolución nos habla de dos criterios fundamentales, el subjetivo y el objetivo⁵⁷.

2. Elemento subjetivo, la voluntad del cónyuge

28. El primero de los criterios es el elemento subjetivo, esto es, la voluntad del sujeto de fijar su residencia habitual en un lugar determinado, diferente al de la anterior residencia conyugal. El Tribunal lo define como “el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar

⁵² Asunto C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332. En su apartado 22 estableció que la residencia habitual se ha de considerar en el lugar que suponga el “el centro habitual de vida e intereses de un sujeto”, en una definición clásica que ha seguido el resto de la Jurisprudencia y la doctrina en los temas de menores anteriormente citada.

⁵³ Algo ciertamente extraño en su trayectoria. El TJUE, como órgano “interpretador” de la norma europea, no suele señalarle al Tribunal nacional, tan claramente como lo ha hecho en esta resolución, su posición final sobre el asunto de fondo. En este caso dónde cree que se localiza la residencia habitual de IB.

⁵⁴ El Abogado General no entró en esta materia y no nos aportó ni los criterios a aplicar ni su visión concreta sobre dónde residía IB. Optó por señalar en sus últimas conclusiones, de la 95 a la 100, qué ocurriría si de todas las circunstancias del caso no fuese posible identificar ninguno de los dos Estados miembros como el de su residencia habitual y señaló que se determinara por otros criterios del Reglamento o por los residuales en vigor en el derecho nacional del Estado miembro. El Tribunal parece que no quiso dejar esta espita abierta y, a nuestro juicio acertadamente, aportó más datos para determinar los criterios para establecer la residencia habitual de una persona, optando por evitar considerar que puede ser imposible concretarla.

⁵⁵ Asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

⁵⁶ La estudiamos con detalle en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, XVIII, 2018, pp. 469-498, pp. 483-484.

⁵⁷ Si bien no son en absoluto situaciones o instituciones jurídicas asimilables desde luego que estos dos conceptos nos recuerdan a los dos elementos de la residencia habitual regulados en el artículo 40 de nuestro Código Civil. Al respecto, *vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, op. cit.*, p. 268.

específico”⁵⁸. El Tribunal no concreta cómo se plasma dicho deseo. Para nosotros, esta voluntad se debe llevar a cabo con la existencia de signos externos que reflejen la firme voluntad de uno de los miembros de la pareja de modificar su estatus personal anterior en relación a su vida conyugal –recordemos, ámbito de aplicación del artículo 3 de Bruselas II bis-. El decidido deseo de esa parte de la pareja de concretar sus intereses personales en lo relativo a la familia en algún lugar concreto, que para que pueda suponer la acreditación de la competencia diferente a la anterior en la vida conyugal y con ello la aplicación de las letras “v” y “vi” del artículo 3.1.a, y no de la letra “i”, debe ser necesariamente un lugar diferente en el que se ha desarrollado la vida conyugal anterior. Con ello el sujeto habría decidido modificar su estatus familiar.

29. Creemos que esos son los aspectos que debemos analizar en el futuro. Cuando una parte afirme la existencia de la residencia habitual en un determinado lugar, ha de haber acreditado, con actos propios, su voluntad de situar el ámbito de vida estrictamente personal y familiar en dicho Estado miembro. Si el demandante manifiesta que su residencia habitual vigente el matrimonio ha cambiado, este hecho debe poder acreditarse de alguna manera. Por ejemplo, que sus relaciones familiares hayan dejado de desarrollarse en el Estado de la anterior convivencia. Que el tiempo, las actividades, el tipo de vida que llevaba anteriormente en el Estado miembro de convivencia común hayan sido modificadas por su voluntad. Esto es compatible, como señala el Tribunal, con que sea habitual, y hasta lógico, que siga manteniendo algunos lazos con el anterior Estado miembro, ya que tendrá en él quizás familiares –sus hijos u otros familiares-, negocios o amigos. Sin embargo, de los signos externos debe desprenderse que la vida conyugal no sigue desarrollándose en el Estado anterior. Podrá volver a él, pero deberá analizarse dónde reside en cada momento y con qué intención⁵⁹.

3. Elemento objetivo, la presencia física con estabilidad

30. En cuanto al aspecto objetivo, el Tribunal señala que el mismo se plasma en “la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate”⁶⁰. Este hecho está en consonancia con la Jurisprudencia del Tribunal que ya ha señalado que sin presencia física en un Estado miembro no se puede afirmar que un menor tenga residencia habitual en dicho Estado⁶¹. La presencia física es imprescindible para considerar que existe residencia habitual. Sin esa presencia en un Estado miembro, uno de los miembros de la pareja no tiene residencia habitual en el mismo. Por lo tanto, si un cónyuge abandona un Estado miembro durante seis meses y vive en otro, ya podríamos admitir la valoración de que se encuentra en el caso del “vi” del artículo 3.1.a si es nacional de dicho Estado. Debemos valorar que, tal y como ha citado el Tribunal y hemos destacado anteriormente, en el mundo globalizado actual y en el marco europeo en el que la libertad de circulación y de trabajo son derechos esenciales en la construcción europea, es perfectamente posible que los ciudadanos europeos puedan tener presencia física con cierta estabilidad en varios Estados miembros. Personas que por motivos profesionales o personales viven unos meses en un Estado y otros en otro⁶². O profesionales que como el de nuestro supuesto pasan los días laborables en un Estado y todos los días festivos en otro. A esto

⁵⁸ Apartado 57 de la resolución.

⁵⁹ Es posible incluso que, por motivos económicos, de disponibilidad o de simple comodidad pueda volver a permanecer algún tiempo breve en la vivienda que compartió anteriormente con su familia, pero debe haber signos externos que acrediten que esta no es una vida familiar “conyugal” común.

⁶⁰ Apartado 57 de la resolución.

⁶¹ *Vid.* al respecto, dos resoluciones sobre menores, STJUE 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436, párrafo 70, y la STJUE 17 octubre 2018, caso *PPU*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835, párrafos 22 a 28 en los que cita los antecedentes en los que ha resuelto de igual manera en temas de menores. Sobre la última de las resoluciones, *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia...”, *ob. cit.*, pp. 462-471. También la analizamos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 66, año VII, enero de 2019, pp. 107-120.

⁶² En el ámbito de las sucesiones se aprecia en europeos del norte jubilados que pasan temporadas al año en sus países de origen –generalmente el verano- y otras temporadas en España –generalmente el invierno-.

se le debe sumar, en esta situación de pandemia, aquellos profesionales que teletrabajan y que lo hacen desde sus Estados de origen. En todos estos supuestos en los que hay presencia física en varios Estados, el aspecto subjetivo, es decir, la voluntad de situar el centro habitual de vida e intereses conyugales y familiares en un determinado Estado miembro a los efectos de la aplicación del Reglamento Bruselas II bis será el elemento clave a valorar para concretar dónde está la residencia habitual de los cónyuges, y saber si la misma es conjunta o no.

31. En este supuesto se produce la estancia física del demandante en dos Estados. 5 días a la semana vive en Francia trabajando y 2 días a la semana vive en Irlanda a donde vuelve al que ha sido anteriormente su hogar familiar. En esta situación debemos analizar cuáles son los criterios que valoramos con mayor intensidad. Y creemos que lo son el subjetivo y el ámbito de aplicación concreto de la norma europea que estemos aplicando. Sobre ello volveremos en el epígrafe IV.5.

4. Complementos de los criterios, lo que falta por concretar

32. Los dos criterios aplicados conjuntamente son una buena piedra de toque y punto de partida para concretar cuál es la residencia habitual de un sujeto. Si unimos el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar específico junto a la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate, podemos concretar cuál es el sitio en el que querrá establecerse. Sin embargo, creemos que estos dos criterios por sí solos son incompletos, toda vez que no están relacionados con el instrumento jurídico europeo que estamos aplicando y con su ámbito de aplicación. En lo relativo a las crisis familiares internacionales creemos que debemos llevar a cabo una concreción mayor que termine de cerrarse sobre el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis que estemos tratando⁶³. No es lo mismo analizar el Reglamento de sucesiones, para el que el legislador nos ha dotado de unos criterios concretos en sus considerandos 23 y 24⁶⁴, y que tiene un ámbito de aplicación muy concreto, que los Reglamentos de Regímenes económicos familiares⁶⁵, que la regulación en Bruselas II bis de las crisis matrimoniales o la de menores, o que el Reglamento de alimentos⁶⁶. El lugar en el que la persona quiere fijar sus intereses y la presencia física con estabilidad en dicho territorio servirían para analizar la residencia habitual en todos y cada uno de ellos, y creemos que, precisamente siguiendo la doctrina del TJUE, es imprescindible dar un paso más y concretar los criterios a valorar en relación a la naturaleza y ámbito de aplicación de cada uno de los Reglamentos⁶⁷. Desde luego que

⁶³ Vid. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *ob. cit.*, p. 788.

⁶⁴ Vid. I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *In-Dret*, abril 2013, pp. 1-58, p. 15. Para analizar su aplicación práctica en situaciones complejas, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante... *op. cit.*”, pp. 65-74. Expusimos lo excepcional y acertado de dicha concreción en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Labor pasada y futura del TJUE en la búsqueda de la aplicación autónoma y uniforme del Reglamento (UE) de sucesiones”, *RGDE*, n° 55, 2021, pp. 99-146, pp. 136-140.

⁶⁵ Un detenido estudio sobre los mismos del negociador por España de los Reglamentos, el profesor RODRÍGUEZ BENOT, puede ser consultado en; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, N° 1, pp. 8-50.

⁶⁶ Lo mismo resalta el Abogado General en los apartados 38 a 45 de sus conclusiones.

⁶⁷ Sobre los criterios para concretar la residencia habitual de un menor en supuesto reciente, M. CASADO ABARQUERO analiza no solo la voluntad y la estancia, sino también, en el caso del menor, los otros aspectos que el TJUE ha señalado a valorar, en concreto la integración en el Estado miembro y su entorno familiar. Vid. M. CASADO ABARQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: a propósito del Auto de 12 de noviembre de 2020 de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 704-713, p. 712. Misma ampliación y concreción de los criterios subjetivo y objetivo realiza G. CAMPIGLIO, *ob. cit.*, pp. 247 y 248. Nosotros estimamos que en las crisis familiares hay que estudiar la voluntad y la permanencia, y también los signos externos de la vida familiar. Podemos apreciar la conflictividad de la determinación de la residencia habitual en menores en la variada conflictividad que supone, por ejemplo, entre muchos trabajos que lo analizan, vid. A. DURÁN AYAGO, “¿Pueden los Tribunales españoles pronunciarse sobre los derechos de custodia de una menor residente en Ecuador? Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 468/2020, de 23 de julio de 2020”, *CDT*, marzo 2021, Vol. 13, N° 1, pp. 825-831, p. 829; I. OTAEGUI AIZPURUA, “La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo n° 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, N° 1, pp. 870-876, p. 874-876.

este es un reto apasionante de la aplicación práctica de los instrumentos legales europeos, no exento de dificultad, pero especialmente necesario para su correcta aplicación⁶⁸.

33. Y concretando los criterios a valorar en el supuesto de la determinación de la residencia habitual en las crisis familiares y la existencia de una residencia habitual conyugal común o no, se debería analizar la existencia de una vivienda familiar común que compartan los cónyuges en la que también residan los hijos y la estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella. Por otro lado, el lugar en el que se encuentran los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma o en los últimos momentos de la vida en común. Para ello se deben analizar el tiempo y el lugar de residencia de los cónyuges en el mismo lugar mientras el matrimonio desarrollaba su convivencia, y el tiempo de vida en común con los hijos del matrimonio. Un tercer factor es el posible motivo de la vida de la pareja en lugares diferentes y la razón de los traslados, que pueden ser voluntarios o impuestos. También deben ser valorados, aunque no de forma principal respecto a los sociales y personales, los intereses patrimoniales de la pareja que desde luego tienen trascendencia en la configuración de una vida en común. Otros criterios menos importantes son la nacionalidad de todos los miembros de la familia, el idioma común que hablan unido quizás al lugar de residencia, y sus lazos personales y familiares con otras personas⁶⁹.

34. La comprobación y aplicación de estos criterios son los que facilitarán que podamos considerar que los cónyuges siguen teniendo una residencia habitual “común”, “residencia habitual de los cónyuges” del 3.1.a “i” del Reglamento, o que ya no la tienen porque el tiempo de convivencia en dicho lugar sea mínimo o porque existen motivos que acreditan la crisis familiar y la separación afectiva y efectiva entre ambos. Y esto es compatible con el hecho de que el miembro de la pareja que ha cambiado de residencia pueda volver en periodos concretos al Estado miembro de la anterior convivencia común, toda vez que en él a buen seguro podrá tener vínculos personales que lo motiven. Sin embargo, si estos vínculos no son los maritales y afectivos, podremos considerar que el cónyuge que se ha desplazado a otro Estado miembro ha adquirido una nueva residencia habitual, que será la “residencia habitual del demandante” –letras “v” y “vi” del artículo- diferenciada de la del otro cónyuge posible “demandado” –letra “iii”-, en la que ya se deberá valorar cuánto tiempo lleva en la misma y si es nacional de ese Estado o no para saber si dicho Estado miembro adquiere la competencia judicial internacional.

5. Por qué disentimos con el parecer del TJUE

35. El Tribunal de Justicia, tras señalar los dos criterios que hemos estudiado en los epígrafes IV.2 y IV.3, y si bien remite a la valoración fáctica final al Tribunal de Apelación francés⁷⁰, señala que considera que la estabilidad del traslado del demandante a Francia motiva que se pueda valorar que su

⁶⁸ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en V. RUIZ ABOU-NIGH and M.B. NOODT-TAQUELA, ed, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edimburg University Press, Edimburgo, 2019, pp. 65-82, pp. 77-79.

⁶⁹ Pocos trabajos han afrontado este mismo análisis respecto a los criterios o indicios concretos a valorar en las crisis familiares internacionales. Uno de ellos, especialmente detallado y que recomendamos, pero centrado en la ley aplicable por lo que no nos detenemos en él es el de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *CDT*, marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, pp. 52-85, p. 74. En la doctrina comparada, un interesante estudio práctico que analiza cómo considerar la residencia habitual de un menor en la interpretación de la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores lo podemos consultar en T. VIVATVARAPHOL, “Back to basics: determinig a child’s habitual residence in International child abduction cases under the Hage Convention”, *77 Fordham L. Rev.*, 3325, 2008-2009, pp. 3325-3369. Realiza un meritorio repaso de numerosos casos y aporta un apéndice muy aclarador. También lo analiza recientemente en la sustracción internacional de menores, I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, nº1, pp. 877-888.

⁷⁰ Apartado 61 de la Sentencia.

residencia habitual esté situada en dicho Estado⁷¹. Sin embargo, disentimos de dicha valoración. Demos por probados los hechos que ha señalado el tribunal descritos en nuestro epígrafe II.1 y que reiteramos resumidamente por su trascendencia para nuestro análisis crítico en este momento. La pareja vive unida en el mismo domicilio familiar desde 1999 en Irlanda. Tiene tres hijos mayores de edad en periodo de formación que siguen viviendo en ese mismo domicilio. Viven en una vivienda propiedad de los cónyuges. Desde mayo de 2017 el marido, de nacionalidad francesa, se traslada los días laborables de la semana a Francia. Supongamos que de lunes a viernes. Vive en régimen de precario en un apartamento propiedad de su padre. No ha comprado vivienda en Francia. Trabaja en Francia, pero todos los viernes vuelve al hogar que ha sido siempre familiar y convive con su mujer y sus tres hijos en las actividades lúdicas propias de la convivencia familiar —el Abogado General cita ocio y actividades deportivas en su el apartado 10 de sus conclusiones—. Mantiene dicha dinámica de vida desde mayo de 2017 hasta diciembre de 2018, fecha en la que inicia el procedimiento de divorcio. En septiembre de 2018 los cónyuges deciden divorciarse y para ello consultan, conjuntamente, un abogado en Irlanda, no en Francia. De septiembre a diciembre no cambia la citada dinámica, e incluso el marido pasa las vacaciones navideñas de 2018 en Irlanda con su mujer e hijos.

36. El Reglamento Bruselas II bis tiene como ámbito de aplicación la materia matrimonial⁷², y regula especialmente la relación entre los cónyuges y con sus hijos⁷³. Además, el Reglamento se centra en la disolución del matrimonio, los aspectos civiles de derecho de familia, sin ocuparse en las consecuencias patrimoniales del mismo⁷⁴, para lo que existe otro instrumento legislativo con un ámbito material diferente, ya citado en este trabajo, el Reglamento 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, que regula la competencia, la ley aplicable y la ejecución de resoluciones en el ámbito económico matrimonial también relativas a su disolución. Sentados estos aspectos consideramos que, si bien en el aspecto objetivo de los criterios a valorar es cierto que la permanencia física del demandante se distribuía entre dos Estados, Francia entre semana para trabajar e Irlanda el fin de semana para convivir con su esposa e hijos, en relación al ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis, el aspecto subjetivo, el de la voluntad del demandante de establecer su centro permanente de vida e intereses conyugales y familiares no había cambiado y para nosotros seguía situado en Irlanda, no en Francia. Esto es compatible con la existencia de intereses profesionales en Francia, pero creemos que los más personales de su relación familiar seguían vigentes en Irlanda. Ya hemos señalado que el legislador huyó de establecer la residencia habitual atendiendo a un criterio meramente temporal que en nuestro caso serían los días de la semana en los que una persona está en un Estado miembro (véase informe Borrás). Si fuese así nos limitaríamos al aspecto objetivo y el demandante estaba 5 días en Francia y 2 en Irlanda y se consideraría au-

⁷¹ Debido a nuestro disenso, y a lo excepcional de que el Tribunal se haya expresado sobre ello con tanta claridad exponemos lo reflejado por el mismo de forma textual sin otro aditamento. La cursiva es nuestra. Apartado 59; “En el caso de autos, como se desprende del expediente de que dispone el Tribunal de Justicia, ha quedado acreditado que IB, nacional del Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional nacional que le remitió, cumplía el requisito de residencia en el territorio de dicho Tribunal. Estado miembro al menos seis meses inmediatamente antes de la presentación de su solicitud de disolución del matrimonio, de conformidad con el artículo 3, párrafo 1 a), sexto guion del Reglamento 2201/2003. También se establece que IB ejerció, durante la semana, de manera duradera y estable, desde 2017, una actividad profesional de duración indefinida en Francia, en cuyo territorio ocupó un apartamento a los efectos del ejercicio de dicha actividad”. Apartado 60; “Estos elementos tienden a mostrar que la estancia de IB en el territorio de ese Estado miembro es de naturaleza estable y también permite revelar, como mínimo, una integración de la persona en cuestión en un entorno social y cultural dentro de ese Estado miembro. Estado miembro”.

⁷² Considerando 3.

⁷³ Considerando 4 a 6.

⁷⁴ Considerando 8 del Reglamento. *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, 18ª edición, 2018, Vol. II, p. 231; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 5ª edición, 2019, p. 149; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 10ª edición, 2018, p. 467; C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO y J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 15ª edición, 2021, p. 498, destacan con claridad que el Reglamento solo se ocupa de la disolución del matrimonio, y no a sus consecuencias patrimoniales; O. LUDEÑA BENÍTEZ, “El Derecho de Familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, pp. 1-44, pp. 13-15.

tomática y matemáticamente su residencia en Francia. Creemos que en la valoración de los dos criterios que señala la norma le debemos dar más preferencia al criterio subjetivo relacionado con el ámbito de aplicación del Reglamento (vida familiar voluntaria cada fin de semana), que al objetivo no relacionado con dicho ámbito de aplicación (vida profesional durante la semana)⁷⁵. A los efectos del Reglamento lo trascendental es dónde desarrollaba el demandante su vida personal, familiar y conyugal, y si había roto o no la que llevaba con anterioridad al traslado en mayo de 2017. Y consideramos que este hecho no ocurrió⁷⁶. Para nosotros, del análisis conjunto de todos los factores acreditados por elementos tangibles o signos externos, el demandante no había decidido modificar su centro de vida e intereses personales y familiares, lo que hubiese pasado si las visitas a Irlanda en los seis meses previos a la presentación de la demanda hubiesen sido espaciadas y puntuales, o si no hubiese ido todos y cada uno de los fines de semana y las vacaciones de navidad de 2018. Sí modificó sus intereses profesionales y económicos, pero creemos que estos ceden ante los familiares en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis en la regulación de las crisis familiares. Por ello disentimos del parecer del Tribunal, y creemos que la residencia habitual de IB a los efectos del Reglamento Bruselas II bis estaba en Irlanda⁷⁷.

V. Propuesta a futuro, ¿cómo no seguir apostando por la concreción del concepto?

37. Vistas así las cosas, cabe que nos preguntemos si es necesario abogar por la construcción de un concepto de residencia habitual conyugal común o de cada uno de los miembros de la pareja por separado en las crisis familiares, en la intención de facilitar la aplicación del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis. Afirmamos claramente que a nuestro juicio sí es necesario, y esta misma resolución lo acredita. Los operadores jurídicos y los ciudadanos necesitan actuar con seguridad jurídica, y vivimos en un mundo cada vez más global y cambiante, que ha pasado del mundo líquido de Bauman al gaseoso⁷⁸. Tal y como dice el Tribunal, las personas tienen habitualmente vínculos con diversos Estados en el mismo momento de su vida, y no todos esos vínculos están unidos a la misma relación jurídica. El hecho de que no exista una definición de la institución provoca dificultades teóricas y prácticas para aplicar el concepto. Lo apreciamos en los retrasos en el acceso a la justicia y con ello una peor tutela judicial efectiva, la posibilidad de que aparezca el *Forum Shopping* con la única finalidad de alargar los procesos, lo que en los asuntos de crisis familiares perjudica habitualmente al cónyuge más débil o más desfavorecido económicamente⁷⁹. También podemos evitar situaciones de litispendencia ante la

⁷⁵ Un interesante trabajo sobre cuándo debe prevalecer el aspecto objetivo y cuándo el subjetivo en la concreción de la residencia habitual en las crisis familiares europeas lo vemos en G. SCUDIERI, *ob. cit.*, pp. 618-627.

⁷⁶ Creemos que la misma apreciación de prevalencia de los aspectos personales y familiares frente a los profesionales se puede desprender de las conclusiones del Abogado General 61 y 62 que por su trascendencia citamos textualmente (la cursiva es nuestra); “61. La noción sobre la que descansan los foros del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 2201/2003: Corresponde al centro de intereses vitales del individuo, *reputando por tales los relativos a la vida social y familiar*. La localización de intereses profesionales y patrimoniales contribuye a identificar ese centro; sin embargo, *estos factores no pueden desvirtuar el peso de los personales por sí solos, cuando su ubicación geográfica no coincida*. Supone, en principio, la estancia (y no la mera presencia) del individuo en un lugar, de forma cualificada: bien porque sea permanente, bien porque posea cierta regularidad o constancia, de manera que se den las condiciones para una integración real en el entorno social. 62. La caracterización de una estancia como «residencia habitual» de un adulto *no depende en todo caso del transcurso de un determinado tiempo*. Tampoco, de que, durante ese tiempo, se consolide la proximidad geográfica objetiva entre el sujeto y el órgano jurisdiccional que conoce del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial”.

⁷⁷ Ciertamente es que el Abogado General también cita en su conclusión 69 criterios como el Estado de origen, la nacionalidad, el trabajo o la cultura, pero creemos que en este supuesto estos son secundarios a la relación familiar o la vivienda en propiedad.

⁷⁸ Vid. A. HOYO, *La sociedad gaseosa*, Plataforma Actual, Barcelona, 2017; C. SCOLARI, “Adios sociedad líquida, bienvenida sociedad gaseosa”, agosto 2021, disponible en: <https://hipermediaciones.com/2021/08/13/adios-sociedad-liquida-bienvenida-sociedad-gaseosa/>.

⁷⁹ El retraso en el inicio del proceso por desconocimiento de la competencia judicial internacional prohíbe la adopción de medidas cautelares sobre pensiones alimenticias o sobre disposición conjunta del patrimonio familiar, que seguirá gestionado por el cónyuge más pudiente, generalmente el marido. Sobre las dificultades que esta falta de definición provoca, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111... *ob. cit.*, pp. 109-111; y en el ámbito de menores, A. DEL SER LÓPEZ y D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia habitual del menor” y estudio de la “competencia residual”, *Aranzadi Unión Europea*, n.º 19, octubre 2019,

apertura del procedimiento en dos Estados miembros de forma consecutiva⁸⁰. Tengamos en cuenta que, tal y como hemos visto en este proceso, los Tribunales que dudan de su competencia ni siquiera entran a aplicar medidas cautelares y dejan la situación conyugal “congelada” hasta el conocimiento de la competencia judicial internacional.

38. A favor de establecer esta definición⁸¹ incidiremos en que existen instituciones jurídicas en las que este concepto único y autónomo para todo el ámbito europeo puede no ser oportuno, como en las de naturaleza esencialmente jurídica y que presentan dificultades de armonización en su aplicación en los distintos Estados miembros. Sin embargo, en las instituciones de naturaleza fáctica de gran trascendencia práctica como la residencia habitual y un evidente perfil europeo diferenciado de los perfiles nacionales, crear un concepto autónomo es especialmente eficaz y necesario⁸². En los temas de crisis familiares, de regímenes matrimoniales, de sucesiones o de menores⁸³. Su componente fáctico provoca que sea un concepto difícil de concretar⁸⁴, pero creemos que es factible, tal y como hemos propuesto en este trabajo, sin concretarla en un determinado periodo de tiempo⁸⁵, sino en las circunstancias, motivaciones y características de la residencia que se deben valorar, tal y como hicimos en el epígrafe IV.4.

39. Esta definición proyectaría la seguridad jurídica desde su configuración teórica a la resolución de los casos prácticos concretos. Permitiría el mejor disfrute de los ciudadanos del derecho a la tutela judicial sin retrasos indebidos⁸⁶ dando más herramientas a los operadores jurídicos para intentar evitar, como por ejemplo en este supuesto, el paso de diecinueve meses desde el inicio del procedimiento ante el TJUE hasta la resolución, o el de tres años desde la primera demanda de divorcio presenta el 28 de diciembre de 2018 hasta la resolución final del proceso en el TJUE el 25 de noviembre de 2021 y con ello el inicio en el Tribunal nacional competente⁸⁷. Esta definición no debe ser una definición cerrada, cuantitativa, pero sí debe ser indicativa de las circunstancias y características de hecho que debe tener la convivencia conyugal para establecer la residencia habitual común de los cónyuges, o por el contrario la residencia de cada uno de ellos por separado. Parte de la doctrina se ha postulado contra esta opinión⁸⁸ y también hay voces que, siendo contrarias a que se cree un único concepto de residencia

pp. 49-74, pp. 57-61; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/111”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12 N° 2, pp. 706-723, p. 710.

⁸⁰ Sobre las especificidades de los problemas de litispendencia en las crisis matrimoniales europeas, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitarias” *REEI*, diciembre 2019, n° 38, pp. 1-80.

⁸¹ Con más detalle en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo... *ob. cit.*”, pp. 487-491.

⁸² Ya citamos que así lo opina expresamente S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 30.

⁸³ Centrado en los menores opina que este es un concepto autónomo J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 305-323, p. 315, sin que se pronuncie sobre si esa falta de definición es un defecto del Reglamento o no.

⁸⁴ Lo destaca P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 17.

⁸⁵ Opina que sería oportuna su definición E. CLIVE, “The concept of Habitual Residence”, *Juridical Review*, 1997, pp. 137-143. Afirma que en el caso de los matrimonios se puede entender que la Jurisprudencia establecía un año como el tiempo para determinar la residencia habitual de la pareja (p. 137). No estamos de acuerdo en que la determinación de un determinado periodo de tiempo sea una solución plausible.

⁸⁶ De la misma opinión es R. LAMONT, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, octubre 2007, Vol. 3 No. 2, pp. 261-281, p. 274. También ZHANG afirma que la falta de definición del concepto es un defecto de los diversos tratados internacionales que analiza en su trabajo, toda vez que provoca una gran dificultad para determinar la residencia habitual en los casos conflictivos. *Vid.* M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, n° 2, pp. 160 a 197, p. 177.

⁸⁷ En esta línea, favorable a la defensa de la existencia de una definición de la residencia habitual, *vid.* M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799-820, p. 814. También L. ÁLVAREZ AGOÚÉS, *ob. cit.*, p. 601.

⁸⁸ Opina contrariamente a nosotros, afirmando que la concreción de esta definición autónoma es especialmente difícil y en nada beneficiaría en los supuestos de los menores, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489 a 522, p. 519. I. REIG FABADO expone la inexistencia de un concepto de la residencia habitual de

habitual en el Derecho Internacional Privado europeo, sí considera deseable que el legislador europeo hubiese aportado más criterios para su concreción como los de los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones⁸⁹.

VI. Conclusiones

40. El legislador europeo nunca ha definido el criterio de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis familiares. Tampoco el TJUE lo había analizado ya que hasta el momento no se le había planteado ninguna cuestión prejudicial al respecto. En la Sentencia 25 noviembre 2021 el Tribunal analiza si pueden existir dos residencias habituales en los supuestos de vida itinerante de un cónyuge. Este es un supuesto que se da en no pocas ocasiones. En el ejercicio de su libertad de circulación en la Unión los ciudadanos europeos pueden cambiar de residencia tras las crisis familiares. Por ejemplo, volviendo uno de los cónyuges a su residencia de origen anterior al matrimonio. Sin embargo, lo natural es que estas personas siguen manteniendo lazos personales o profesionales en el anterior Estado miembro en el que convivieron. También ocurre que en el mundo globalizado post pandemia del teletrabajo, tras una crisis familiar los ciudadanos europeos tienen mayor facilidad para localizar su centro de vida e intereses en diferentes Estados a la vez, como ocurría en el supuesto de referencia. El demandante, IB, trabajaba durante la semana en Francia y volvía todos los fines de semana al Estado en el que había tenido siempre su residencia habitual conyugal, Irlanda. En lo que consideramos que es el episodio 1 de una posible futura elaboración del concepto por parte del Tribunal, este deja asentada su posición general de partida. El Reglamento Bruselas II bis, y debemos entender que también el Bruselas II ter a partir del 1 de agosto de 2022, solo admite la existencia de una residencia habitual. Se basa en el análisis textual, sistemático y teleológico de la norma y por la interrelación entre instrumentos jurídicos europeos. Esta posición evitará el *Forum Shopping* y favorecerá la seguridad jurídica de los operadores y de los ciudadanos. La principal consecuencia que extraemos de este hecho es que es absolutamente necesario concretar qué criterios debemos tener en cuenta para determinar la residencia habitual de un ciudadano con vida itinerante de entre todos los que conforman su vida; personales, familiares, sociales, profesionales, patrimoniales o económicos.

41. En cuanto a estos criterios, el Tribunal concreta dos para determinarla. Por un lado, el subjetivo, es decir, el deseo del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar específico. Por otro lado, el objetivo, la presencia con un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, para nosotros esta es una aportación incompleta por falta de concreción en relación al ámbito de aplicación del Reglamento aplicado. La voluntad y la presencia son criterios que deben y pueden ser valorados en todos los Reglamentos europeos, pero que no nos diferencian entre las diferentes naturalezas jurídicas que regulan; crisis familiares, responsabilidad parental, derecho de alimentos, regímenes económicos de las parejas o sucesiones. Es necesario dar un paso más allá y concretar qué criterios se deben analizar en las crisis familiares de forma específica frente a los otros instrumentos jurídicos citados, como, por ejemplo, en los criterios que el TJUE ya ha establecido en los temas de menores. Para nosotros, en aplicación del artículo 3.1.a de Bruselas II bis se deben analizar, con un valor cualificado; la existencia de una vivienda habitual familiar común que compartan los dos cónyuges; que en la misma residan los hijos comunes o de uno de los cónyuges; la propia edad de estos hijos y la dependencia de sus padres; los periodos de estancia real, fáctica y efectiva de cada uno de los cónyuges en ella; los motivos de dicha estancia común o de su separación en determinados

los niños y las niñas en el actual marco regulatorio de la sustracción internacional de menores, y sin decantarse a favor de la concreción legislativa sí destaca el intenso esfuerzo del TJUE de crear un concepto autónomo en atención al contexto de las disposiciones y los objetivos del Reglamento, siempre concretado *ex casu* en atención al conjunto de circunstancias de cada supuesto. *Vid.* I REIG FABADO, *op. cit.*, p. 887.

⁸⁹ *Vid.* B. HESS, “Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?”, *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 523-542, pp. 540-541.

periodos; los intereses comunes personales de la pareja en el momento de la disolución de la misma; los intereses personales diferenciados de cada uno de los cónyuges; y por último los asuntos patrimoniales que vinculan a ambos cónyuges para el sostenimiento común. En un mundo globalizado como el que vivimos se deben analizar, pero con un menor valor interpretativo; la nacionalidad de todos los miembros de la familia; el idioma común que hablan similar quizás al lugar de residencia; y sus lazos personales y familiares con terceras personas.

42. Creemos que estamos en un momento inicial de la creación jurisprudencial de la doctrina que concrete los criterios a analizar para concretar la residencia habitual de los cónyuges en las crisis familiares. En ella veremos si nuestra propuesta se aproxima a la que en el futuro realice el Tribunal. Estos criterios serán esenciales para conocer la competencia judicial de los Estados miembros y por lo tanto para iniciar los procedimientos que resuelvan estas crisis con celeridad. Consideramos necesario, para cumplir la seguridad jurídica que propugna el Tribunal, concretar estos criterios, que deben tener perfiles diferentes a la ya sentada doctrina sobre los criterios a emplear en los casos de menores. Y que serán distintos a la que el Tribunal en el futuro pueda establecer en otros Reglamentos europeos con ámbitos de aplicación diferentes. En los últimos años hemos apreciado una atención doctrinal creciente hacia la concreción de la residencia habitual en los supuestos de los menores, y creemos que en el futuro la de los cónyuges también podrá aportarnos un fecundo debate doctrinal futuro. En todo caso, los trabajos del Reglamento 2019/1111 nos demuestran que, en materia de crisis familiares y al menos por ahora, el legislador europeo no volverá a optar por la, a nuestro juicio “acertada”, concreción de los criterios que estableció en los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones.