

OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL
SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentada el 6 de diciembre de 2010¹

Índice

I — Marco jurídico	I - 14315
A — Derecho de la Unión	I - 14315
B — Derecho internacional	I - 14320
C — Derecho nacional	I - 14322
II — Hechos y litigio principal	I - 14322
A — Las circunstancias que dieron origen al litigio principal	I - 14322
B — Los procedimientos iniciados en Inglaterra	I - 14323
C — Los procedimientos iniciados en Francia	I - 14325
1. El procedimiento iniciado por la madre	I - 14325
2. La demanda del padre basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores	I - 14325
III — Las cuestiones prejudiciales y la solicitud de tramitación por el procedimiento prejudicial de urgencia	I - 14326
IV — Observaciones previas	I - 14327
V — Sobre la primera cuestión	I - 14329
A — Sobre la determinación de la «residencia habitual» del menor	I - 14331
1. El concepto de residencia habitual: las enseñanzas de la sentencia A	I - 14331
2. La «pérdida» y la «adquisición» de una residencia habitual en caso de traslado lícito	I - 14333
a) Las condiciones del traslado de la residencia habitual	I - 14333

1 — Lengua original: francés.

b)	Los indicios del traslado de la residencia habitual	I - 14334
i)	Los factores de interpretación que se deducen del artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003	I - 14334
ii)	La importancia de la voluntad de la madre en la apreciación de la residencia habitual de un menor lícitamente trasladado	I - 14336
B —	Sobre la apreciación de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de cambio de residencia habitual	I - 14339
1.	La aclaración de la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Reglamento n° 2201/2003	I - 14340
2.	El examen de la oportunidad de la remisión a otro órgano jurisdiccional	I - 14341
a)	La remisión al órgano jurisdiccional del lugar de presencia del menor: el artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003	I - 14341
b)	La remisión al órgano jurisdiccional mejor situado: el artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003 y la excepción de forum non conveniens ..	I - 14342
C —	Conclusión	I - 14343
VI —	Sobre las cuestiones segunda y tercera	I - 14344
A —	Observaciones previas sobre la pertinencia de las cuestiones planteadas	I - 14344
1.	Planteamiento del problema	I - 14344
2.	Apreciación	I - 14345
B —	Sobre la segunda cuestión	I - 14347
C —	Sobre la tercera cuestión	I - 14349
1.	Observaciones de las partes en el litigio principal, de los Gobiernos de los Estados miembros interesados y de la Comisión	I - 14350
2.	Apreciación	I - 14352
a)	Aclaración de la tercera cuestión	I - 14352
		I - 14313

b) Conflicto entre una resolución dictada con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003 y una resolución dictada con fundamento en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.	I - 14353
c) Conflicto entre las resoluciones dictadas con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003	I - 14354
d) Conclusión	I - 14354
VII — Conclusiones	I - 14355

1. En el presente asunto se solicita de nuevo al Tribunal de Justicia la interpretación de varias disposiciones del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000,² Reglamento denominado también «Bruselas II *bis*» y ello en el marco de un procedimiento prejudicial de urgencia.

2. Con carácter principal, se pide al Tribunal de Justicia que oriente al tribunal remitente, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) acerca de uno de los conceptos clave del Reglamento n° 2201/2003, el concepto de residencia habitual, sobre el

que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en particular en su sentencia de 2 de abril de 2009, A.³

3. No obstante, es preciso ponerlo de relieve ya, pues la función del Tribunal de Justicia no será fácil. Como se observará, los hechos debatidos en el litigio principal, atípicos en muchos aspectos, llevarán al Tribunal de Justicia a interrogarse, en concreto, sobre las circunstancias en las que puede estimarse que se ha producido una transferencia de la residencia habitual del menor, cuando éste haya sido lícitamente trasladado de un Estado miembro a otro por la persona que dispone de la autoridad parental exclusiva sobre ese menor. Por una parte, el Tribunal de Justicia deberá tratar de ofrecer al tribunal remitente una respuesta clara a sus preguntas, y proporcionarle las indicaciones que le permitan dirimir el difícil litigio del que conoce, con pleno respeto de las disposiciones del Reglamento n° 2201/2003, uno de cuyos principales objetivos es asegurar la protección de

2 — DO L 338, p. 1.

3 — Asunto C-523/07, Rec. p. I-2805.

los intereses superiores del menor. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también deberá procurar formular esa respuesta de tal forma que ofrezca al conjunto de los órganos jurisdiccionales nacionales las indicaciones necesarias para que puedan pronunciarse sobre su propia competencia internacional en virtud del Reglamento n° 2201/2003. No puede excluirse que, con esa perspectiva, el Tribunal de Justicia tenga que pronunciarse con mayor amplitud sobre la función de los órganos jurisdiccionales nacionales a los que corresponda examinar su competencia en virtud del Reglamento n° 2201/2003 con vistas a resolver los litigios en materia de responsabilidad parental de los que conozcan.

será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños, llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.»

5. El duodécimo considerando del Reglamento n° 2201/2003 expone:

I — Marco jurídico

A — *Derecho de la Unión*

4. El artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴ dedicado a los derechos del menor, está redactado como sigue:

«1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta

«12) Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental.»

6. El trigésimotercer considerando de la exposición de motivos del Reglamento n° 2201/2003 indica:

«33) El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los

4 — En lo sucesivo, «Carta».

principios consagrados en la [Carta]. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de la [Carta].»

resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.»

7. El artículo 2, número 11, del Reglamento n° 2201/2003 define el traslado o la retención ilícitos de un menor en los siguientes términos:

«el traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando:

- a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención,

y

- b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una

8. El artículo 8 del Reglamento n° 2201/2003, titulado «Competencia general», que abre la sección 22 del capítulo II de dicho Reglamento que enuncia las reglas de competencia en materia de responsabilidad parental, establece:

«1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

2. El apartado 1 estará sujeto a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12.»

9. El artículo 9 del mismo Reglamento, titulado «Mantenimiento de la competencia del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor» prevé:

«1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera

cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

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

10. El artículo 10 del Reglamento nº 2201/2003, dedicado a la competencia en caso de sustracción de menores, dispone:

«En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y

a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención

o bien

b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período

mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,
- ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),
- iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,
- iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una

resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.»

se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

11. El artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003 contiene las disposiciones aplicables a las demandas, basadas en el Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores,⁵ con vistas a conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita. Dicho artículo dispone lo siguiente:

«1. Los apartados 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores [...] con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos

5 — RTNU, 1983, vol. 1343, n° 22514, p. 89, en lo sucesivo, «Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores».

pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución.

7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor.

Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

8. Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4

del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.»

12. El artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003 establece una regla de competencia basada en la presencia del menor, en los términos siguientes:

«1. Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor.

2. El apartado 1 también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país.»

13. El artículo 19, apartados 2 y 3, del Reglamento n° 2201/2003 dispone:

«2. Cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera.

3. Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquel.

En este caso, la parte actora ante el segundo órgano jurisdiccional podrá presentar la acción ante el primero.»

14. El artículo 24 del Reglamento n° 2201/2003 establece el principio de la prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen, en los siguientes términos:

«No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14.»

15. El artículo 60, letra e), del Reglamento n° 2201/2003, precisa:

«En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes:

[...]

e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.»

B — *Derecho internacional*

16. El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1983, fue firmado y ratificado tanto por la República Francesa como por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como por todos los demás Estados miembros de la Unión Europea.

17. Los artículos 3 a 5 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores disponen:

«Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

Artículo 4

El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

Artículo 5

A los efectos del presente Convenio

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.»

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

18. El artículo 13 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores establece:

«No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.»

C — *Derecho nacional*

19. De la resolución de remisión resulta que en Inglaterra y en el País de Gales, en virtud del artículo 8 de la Ley sobre los menores de 1989 (Children Act 1989), en los procedimientos de Derecho privado relativos a los menores los órganos jurisdiccionales pueden dictar resoluciones en materia de residencia («residence order»), de derecho de visita («contact order»), de prohibición de determinados actos («prohibited steps order») o acerca de dificultades específicas («specific issue order»).

20. En virtud del artículo 4 de la Ley sobre los menores de 1989, un órgano jurisdiccional también puede resolver que el padre sea titular de la responsabilidad parental respecto a un menor. En efecto, en Inglaterra y en el País de Gales, cuando el padre no está casado con la madre del menor, no es titular de pleno derecho de la responsabilidad parental. Tiene que obtenerla, bien por su mención en calidad de padre en el acta de nacimiento del menor, bien por la conclusión de un acuerdo con la madre sobre la responsabilidad parental, o bien por una resolución judicial que le atribuya la responsabilidad parental («parental responsibility order»).

21. Por último, la resolución de remisión precisa que los órganos jurisdiccionales de

Inglaterra y del País de Gales han admitido⁶ que, al conocer de una demanda en materia de derecho de custodia de un menor, los propios órganos jurisdiccionales pueden adquirir ese derecho respecto del menor, incluso si la parte demandante aún no lo ha adquirido.

II — **Hechos y litigio principal**A — *Las circunstancias que dieron origen al litigio principal*

22. Los hechos debatidos en el litigio principal pueden resumirse como sigue, a partir de la información proporcionada por el tribunal remitente, de las derivadas de los escritos de las partes demandante y demandada en el asunto principal, u obtenidas durante la vista.

23. La demandante en el asunto principal, la Sra. Mercredi, de nacionalidad francesa, y el demandado en el asunto principal, el Sr. Chaffe, de nacionalidad británica, son los padres de una menor, de nacionalidad francesa, nacida fuera del matrimonio en el Reino Unido el 11 de agosto de 2009. Vivieron juntos durante

6 — Re H (Abduction: Rights of custody) [2000] 1 FLR 374.

varios años hasta el 1 de agosto de 2009 fecha en la que el padre abandonó el domicilio común.

24. El 7 de octubre de 2009, es decir, dos meses después, la madre marchó de Inglaterra con la menor hacia su país de origen, en el que reside su familia, la isla de la Reunión, departamento francés de ultramar, a donde llegaron el día siguiente, el 8 de octubre de 2009. Consta que el padre no fue informado de esa partida. También consta que esa partida era lícita dado que, en esa fecha, la madre de la menor era la única titular de la responsabilidad parental sobre la niña.

25. El padre de la menor inició entonces varios procedimientos, tanto ante los órganos jurisdiccionales ingleses, para obtener la responsabilidad parental, el derecho de custodia y/o el derecho de visita respecto de la menor, como ante los órganos jurisdiccionales franceses, con arreglo al Convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores. La madre también inició ante los órganos jurisdiccionales franceses un procedimiento para obtener la responsabilidad parental sobre la menor así como el derecho de custodia.

B — *Los procedimientos iniciados en Inglaterra*

26. El 9 de octubre de 2009, es decir, dos días después de la partida de la madre y la menor,

el padre de ésta ejerció, por teléfono, una acción ante el Juez de guardia de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido) («Duty High Court Judge»). El Duty High Court Judge, que conoció así del asunto, dictó el mismo día una resolución que ordenaba averiguaciones sobre el paradero de la menor («location order») y fijaba una vista del asunto el 12 de octubre siguiente.

27. El 12 de octubre de 2009, el padre de la menor formuló sus pretensiones en la vista ante el Duty High Court Judge, solicitando en particular la atribución de la responsabilidad parental respecto de la menor, la residencia compartida y el derecho de visita. Ese mismo día, el Duty High Court Judge dictó una resolución que ordenaba el regreso de la niña al territorio de Inglaterra y del País de Gales. Consta que la madre de la menor no tuvo conocimiento de la demanda presentada por el padre y no estuvo presente ni representada legalmente en esa vista.

28. En esa resolución de 12 de octubre de 2009, el Duty High Court Judge estimó en primer lugar que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional inglés se había iniciado en la fecha en la que el padre le había llamado por teléfono, el 9 de octubre de 2009; en segundo lugar que desde ese momento tanto el órgano jurisdiccional inglés como el padre de la niña tenían un derecho de custodia de la menor; en tercer lugar que, en esa misma fecha, la menor seguía teniendo su residencia habitual en Inglaterra y, en cuarto lugar y como consecuencia, que los órganos jurisdiccionales

ingleses eran competentes en lo que se refería a esa menor.

resolución que, por otra parte, instaba a la madre a presentar medios de prueba. Esta resolución fue remitida a la autoridad central francesa y notificada a la madre.

29. Consta que la madre recibió el 16 de octubre de 2009 la notificación de la resolución de 12 de octubre de 2009 a la que, sin embargo, no dio cumplimiento.

30. El 15 de octubre de 2009 el padre presentó una demanda basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.⁷

31. El 28 de octubre de 2009, la madre de la menor inició un procedimiento ante el tribunal de grande instance de Saint-Denis (Francia).⁸

32. El 26 de enero de 2010 el padre de la niña presentó, en el marco del procedimiento iniciado ante la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido), una demanda complementaria para que se declarase que la menor tenía su residencia habitual en Inglaterra, que los órganos jurisdiccionales ingleses eran exclusivamente competentes respecto a la menor, que el propio padre así como los órganos jurisdiccionales ingleses tenían el derecho de custodia de la menor y que ésta se encontraba retenida ilícitamente en la isla de la Reunión. Estas pretensiones fueron provisionalmente estimadas por una

33. El 15 de abril de 2010, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido) deliberó sobre el asunto. En la resolución pronunciada el mismo día consideró que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional inglés se había iniciado el 9 de octubre de 2009, fecha en la que el padre de la menor había entablado la acción, por teléfono, ante el Duty High Court Judge, y que desde esa fecha el órgano jurisdiccional inglés tenía derecho de custodia respecto de la niña. La High Court también apreció que el padre de la menor tenía igualmente derecho de custodia desde esa misma fecha, ya que se habían dictado resoluciones estimatorias a su favor. Por último, el referido tribunal consideró que la menor seguía teniendo su residencia habitual en Inglaterra en el momento en el que el órgano jurisdiccional inglés y el padre habían obtenido ese derecho de custodia y que, en consecuencia, el 9 de octubre de 2009 los órganos jurisdiccionales ingleses eran competentes.

34. Consta que la madre de la menor no compareció en la vista de 15 de abril de 2010, pero que su abogado francés había podido formular observaciones escritas.

35. El 29 de junio de 2010 el padre de la menor había solicitado al tribunal de grande instance de Saint-Denis el reconocimiento y la

7 — Véase el punto 41 de la presente opinión.

8 — Véase el punto 38 de la presente opinión.

ejecución de la resolución de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Reino Unido).

36. Los días 24 de junio y 12 de julio de 2010, la mencionada High Court dictó otras resoluciones, la última de la cuales ordenaba a la madre de la menor que hiciera lo preciso para que la niña pudiera tener contacto provisionalmente con su padre en la isla de Reunión entre los días 29 de julio y 12 de agosto de 2010.

37. El 12 de julio de 2010 la madre de la menor presentó anuncio de recurso contra las resoluciones del Duty High Court Judge de 12 de octubre de 2009 y de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division de 15 de abril de 2010, ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), que decidió plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

que se le atribuyera la responsabilidad parental exclusiva de la niña y se fijara el domicilio de ésta en su dirección. El padre de la menor no recibió notificación del inicio de ese procedimiento, del que tuvo conocimiento en el contexto del procedimiento emprendido con arreglo al Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

39. El 27 de enero de 2010, los Solicitors del padre de la menor pidieron al tribunal de grande instance de Saint-Denis que suspendiera el procedimiento sobre la demanda de la madre, conforme a las disposiciones del artículo 16 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores y del artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003.

40. Mediante sentencia de 23 de junio de 2010 el tribunal de grande instance de Saint-Denis atribuyó la responsabilidad parental exclusiva respecto de la menor a la madre y fijó el domicilio de la niña en la dirección de esta última. El padre de la menor no estuvo presente ni representado en la vista que se celebró el 31 de mayo de 2010.

C — Los procedimientos iniciados en Francia

1. El procedimiento iniciado por la madre

38. El 28 de octubre de 2009, la madre de la menor presentó ante el tribunal de grande instance de Saint-Denis una demanda para

2. La demanda del padre basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores

41. El 15 de octubre de 2009, el padre de la menor presentó ante la autoridad central inglesa una solicitud de restitución de la menor

a Inglaterra y el País de Gales en aplicación del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, solicitud que dio lugar a la iniciación el 18 de diciembre de 2009 de un procedimiento ante el tribunal de grande instance de Saint-Denis.

en el Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 2010, plantear las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Cuáles son los criterios apropiados para determinar la residencia habitual de un menor, a efectos

42. El tribunal de grande instance de Saint-Denis citó a la madre para que compareciera ante ese tribunal en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores. La citación mencionaba de forma específica la resolución del Duty High Court Judge de 12 de octubre de 2009.

— del artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2201/2003;

— del artículo 10 del Reglamento (CE) n° 2201/2003?

43. La demanda del padre basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores fue desestimada el 15 de marzo de 2010 por el motivo de que no disponía de derecho de custodia en el sentido de los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

2) ¿Es un órgano jurisdiccional una “institución u organismo” al que pueda atribuirse un derecho de custodia a efectos de las disposiciones del Reglamento (CE) n° 2201/2003?

3) ¿Sigue siendo aplicable el artículo 10 después de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido hayan desestimado una demanda de restitución del menor en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción [internacional] de menores debido a que no se cumplen los requisitos de los artículos 3 y 5?

III — Las cuestiones prejudiciales y la solicitud de tramitación por el procedimiento prejudicial de urgencia

44. La Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), que conoce del recurso de la madre de la menor, decidió mediante resolución de 8 de octubre de 2010, recibida

En particular, ¿cómo debe resolverse el conflicto entre la resolución del Estado requerido que estima que los requisitos de los artículos 3 y 5 del Convenio de La

Haya sobre la sustracción [internacional] de menores no se cumplen y la resolución del Estado requirente que estima que esos requisitos se cumplen?»

IV — Observaciones previas

45. En su resolución de remisión, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) indicó que solicitaba la tramitación por el procedimiento de urgencia ya que el objeto de la remisión es identificar el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental respecto a la menor en virtud del Derecho de la Unión. Preciso que, en tanto que no se identificara el órgano jurisdiccional competente, no podía resolverse sobre las pretensiones formuladas por el padre de la menor con vistas a una resolución que le permita mantener contacto con su hija.

46. Mediante decisión de 28 de octubre de 2010, el Tribunal de Justicia accedió a la solicitud del tribunal remitente de tramitar el presente asunto por el procedimiento de urgencia previsto por el artículo 104 *ter* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

47. Las partes demandante y demandada en el asunto principal, los Gobiernos del Reino Unido, alemán, irlandés y francés y la Comisión Europea presentaron sus observaciones en la vista celebrada el 1 de diciembre de 2010.

48. Antes de examinar las cuestiones del tribunal remitente, es necesario hacer dos precisiones importantes sobre el conjunto de la exposición que seguirá.

49. La primera precisión, que se refiere a la calificación jurídica de la situación que da origen al litigio principal, no requiere por el momento una extensa exposición. Debe tenerse presente que el traslado de la menor tuvo lugar de forma lícita tanto en relación con el Reglamento n° 2201/2003 como con el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, en lo que coinciden, como pondré de relieve al examinar la pertinencia de las cuestiones⁹ segunda y tercera, el padre¹⁰ y la madre de la menor; los Gobiernos que han presentado observaciones y la Comisión.

50. La segunda precisión, que atañe a la fecha pertinente para determinar la competencia internacional en virtud del Reglamento n° 2201/2003, es en cambio algo más delicada de abordar.

51. De forma general, el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 puntualiza

⁹ — Véanse los puntos 115 y ss. de la presente opinión.

¹⁰ — Sobre la argumentación del padre de la menor, véase, no obstante, el punto 91 de la presente opinión.

que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene que determinar si un menor reside habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante ese órgano. Si el menor tiene su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional en la fecha en la que se le ha presentado el asunto, ese órgano puede declararse competente con fundamento en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003. En cambio, si el menor ya no tiene su residencia habitual en el Estado miembro del órgano jurisdiccional en la fecha en la que se le presenta el asunto, ese órgano no puede declararse competente, al menos con fundamento en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003. No obstante, el referido órgano jurisdiccional puede declararse competente eventualmente, según las circunstancias, con fundamento en los artículos 9, 10, 12 o incluso 14 del Reglamento n° 2201/2003, o también inhibirse con fundamento en los artículos 13 o 15 del mismo Reglamento.¹¹

52. En su resolución de remisión, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) ha destacado que podrían considerarse pertinentes al respecto dos fechas, la de 9 de octubre de 2009, fecha en la que el padre de la menor presentó, por teléfono, el asunto al Duty High Court Judge y la de 12 de octubre de 2009, fecha en la que el padre expuso formalmente sus pretensiones en la vista ante ese mismo juez. En su resolución de 15 de abril de 2010, la High Court of Justice (England & Wales), Family Division señala expresamente que, a partir del 9 de octubre de 2009 por la tarde, ya conocía del asunto un órgano jurisdiccional

inglés, que disponía, al igual que el padre, de derecho de custodia respecto de la menor.

53. Debe subrayarse al respecto que, aunque incumbe al tribunal remitente determinar cuál de ambas fechas debe considerarse pertinente, es el propio Reglamento n° 2201/2003 el que regula las condiciones en las que se considera iniciado el procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

54. En efecto, el artículo 16, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 2201/2003 precisa que se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado.¹²

55. En las circunstancias del asunto principal y habida cuenta de las indicaciones presentadas por el tribunal remitente, se pone

11 — Sobre el sistema de competencias así establecido, véanse los puntos 104 y ss. de la presente opinión.

12 — Al establecer de este modo una regla material precisa y uniforme, tal como lo había hecho el artículo 11, apartado 4, del Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DO L 160, p. 19), el artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003 contrasta con la interpretación, hecha por el Tribunal de Justicia, del artículo 21 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 399, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1), en virtud del cual la cuestión de saber en qué momento debía considerarse que se había sometido un asunto a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro estaba regulado por la *lex fori*. Véase la sentencia de 7 de junio de 1984, Zelger (129/83, Rec. p. 2397, apartado 16). Sobre este aspecto de la cuestión véase, en particular, Rey, J.: «L'office du juge – la saisine», dans Fulchiron, H., et Nourissat, C. (dir.): *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, p. 181.

de manifiesto que únicamente puede considerarse pertinente la fecha de 12 de octubre de 2009 en relación con las disposiciones del artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003, con la precisión de que incumbe, no obstante, al tribunal remitente comprobar que se han cumplido las formalidades de notificación o traslado, con observancia de las disposiciones del Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo.¹³

vía de recurso sobre la competencia de los dos órganos jurisdiccionales inferiores, o, en el marco de dicho recurso, sobre su propia competencia con arreglo al Reglamento n° 2201/2003. Ahora bien, la determinación de la residencia habitual del menor es una tarea de cumplimiento mucho más delicado en el primer caso que en el segundo,¹⁴ teniendo en cuenta los criterios definidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia A, antes citada, y de los que lo serán en el presente asunto. La exposición desarrollada a continuación parte, no obstante, de la premisa de que la determinación de la residencia habitual del menor debe referirse a la fecha de incoación del procedimiento inicial, el 12 de octubre de 2009 ante los órganos jurisdiccionales ingleses, con la precisión de que corresponde al tribunal remitente decidir la posición que se propone adoptar al respecto.

56. Sin embargo, es preciso insistir en que el Tribunal de Justicia conoce de una petición prejudicial presentada en el marco de un recurso contra dos resoluciones dictadas por dos formaciones de un órgano jurisdiccional que se pronunciaron sobre su competencia con arreglo al Reglamento n° 2201/2003, la primera de ellas muy poco después de la partida de la madre con la menor, el 12 de octubre de 2009, y la segunda casi seis meses después de esa partida, el 15 de abril de 2010.

57. Esa particularidad, ligada al carácter muy general de la primera cuestión planteada por el tribunal remitente, hace difícil determinar si ese tribunal se propone pronunciarse en

V — Sobre la primera cuestión

58. Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pide al Tribunal de Justicia que le indique los «criterios» apropiados para determinar la residencia habitual de un menor

13 — DO L 324, p. 79. El decimoquinto considerando del Reglamento n° 2201/2003 precisa, en efecto, que este Reglamento es de aplicación a la notificación o traslado de documentos en los procesos incoados en virtud de este último.

14 — Si bien el órgano jurisdiccional nacional que tiene que pronunciarse sobre su competencia debe, como se ha recordado anteriormente, hacerlo en la fecha en que se inicie el procedimiento, la apreciación de los criterios de la residencia habitual no excluye que se tomen en consideración elementos posteriores a dicha incoación del procedimiento, pero anteriores a la fecha en la que finalmente se ha pronunciado con carácter definitivo. Véase, a este respecto, Richez-Pons, A.: *La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)* Lyon, 2004.

en el sentido del Reglamento n° 2201/2003.¹⁵ De entrada, es bastante difícil determinar si el tribunal remitente espera del Tribunal de Justicia una respuesta general a una cuestión abstracta, o si desea por el contrario una respuesta adaptada a las circunstancias del litigio del que conoce. Sin embargo, parece ciertamente que desea una respuesta concreta al problema que se le presenta.

59. De este modo, el tribunal remitente pregunta directamente al Tribunal de Justicia acerca del concepto de residencia habitual, según figura, en particular, en el artículo 8 del Reglamento n° 2201/2003, con vistas a determinar su competencia en virtud del mismo Reglamento. Podría deducirse de ello que la residencia habitual es el único fundamento sobre el que se puede determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales. Ahora bien, el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 forma parte de un conjunto más amplio. El artículo 8, apartado 2, de dicho Reglamento indica expresamente que la competencia general que establece sólo es aplicable si no lo son los demás criterios de competencia previstos, y la

residencia habitual es únicamente un criterio entre otros, que también pueden sustentar una competencia de carácter subsidiario.

60. Desde este punto de vista, es necesario indicar al tribunal remitente que el primer «criterio» que permite determinar su competencia en virtud del Reglamento n° 2201/2003 debe buscarse en la posición sistémica del concepto de residencia habitual en la estructura de ese Reglamento. Por importante que sea, el concepto de residencia habitual sólo ofrece limitadas posibilidades. Debe entenderse como un concepto que posiblemente haya de ceder su lugar, en su caso, a otros conceptos o categorías alternativos.

61. Por esa razón opino que la respuesta a la primera cuestión debe darse en dos fases. En la primera trataré de enriquecer cuanto sea posible los puntos de referencia que se deducen de la sentencia A, antes citada,¹⁶ siempre procurando tener en cuenta las circunstancias específicas del asunto principal y sin sustituir, no obstante, al tribunal remitente en la tarea que le corresponde, la de resolver el

15 — La cuestión del órgano jurisdiccional remitente es, en realidad, más precisa por cuanto contempla los artículos 8 y 10 del Reglamento n° 2201/2003. Sin embargo, como se recordará en los razonamientos que siguen, el concepto de residencia habitual es y debe ser el mismo, cualquiera que sea la disposición controvertida del Reglamento n° 2201/2003. Por otra parte, como se expondrá posteriormente, hay razones sólidas para dudar de la pertinencia de la cuestión en lo que se refiere al artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003. Por último, si bien la cuestión así planteada requiere efectivamente algunas precisiones sobre el propio concepto de residencia habitual en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, el litigio principal plantea un problema más amplio que el de la definición de este concepto.

16 — Precisemos igualmente que, en sus conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia A, antes citada, la Abogado General Kokott examinó ampliamente y de forma muy pertinente la interpretación del concepto de residencia habitual (puntos 13 a 52), interesándose, en particular, por la génesis del Reglamento n° 2201/2003, los conceptos idénticos o afines utilizados en los convenios internacionales (puntos 22 a 31) o en otros sectores del Derecho comunitario (puntos 32 a 37), y dedicándose a definir los principales criterios que se deben tomar en consideración para determinar la residencia habitual de un menor (puntos 41 a 52). En estas circunstancias, no parece necesario reproducir un análisis perfectamente compartido.

litigio del que conoce. En la segunda fase, con vistas a dar una respuesta útil al tribunal remitente, me propongo poner de manifiesto el conjunto de vías previstas por el Reglamento n° 2201/2003 para lograr el objetivo primordial que persigue, el de garantizar la determinación de la competencia judicial.

A — Sobre la determinación de la «residencia habitual» del menor

62. En su sentencia A, antes citada,¹⁷ el Tribunal de Justicia ha ofrecido una interpretación del concepto de residencia habitual de un menor en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003, concebida para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales pronunciarse en cualquier supuesto sobre su propia competencia en virtud de ese Reglamento. No obstante, de la resolución de remisión se deduce que la metodología prescrita por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia no es suficiente. Parece que se han de proporcionar indicaciones suplementarias que permitan a los órganos jurisdiccionales nacionales abarcar situaciones en las que se haya producido una transferencia de la residencia habitual de un menor.

1. El concepto de residencia habitual: las enseñanzas de la sentencia A

63. En primer lugar, el Tribunal de Justicia observó en su sentencia A, antes citada, que el Reglamento n° 2201/2003 no definía el concepto de residencia habitual y que no incluía ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros que permitiera determinar su sentido y alcance. De ello dedujo, conforme a su jurisprudencia, que esa determinación debía realizarse atendiendo al contexto del que forman parte la o las disposiciones pertinentes, así como al objetivo perseguido por dicho Reglamento. Acerca de ello, el Tribunal de Justicia puso de relieve el objetivo derivado del duodécimo considerando del Reglamento n° 2201/2003, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad.¹⁸

64. El concepto de residencia habitual en el sentido del Reglamento n° 2201/2003 es, por tanto, un concepto comunitario que debe ser objeto en toda la Unión¹⁹ de una interpretación autónoma y uniforme. El Tribunal de Justicia precisó al respecto que esa autonomía debía traducirse en una cierta independencia en relación con los conceptos, idénticos o próximos, utilizados en otros ámbitos del Derecho comunitario, como la seguridad social

17 — Apartado 31.

18 — Sentencia A, antes citada (apartados 31, 34 y 35).

19 — Ibidem (apartado 34).

de los trabajadores migrantes y el Derecho de la función pública.²⁰

65. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia consideró que la residencia habitual de un menor «debía determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso».²¹ Precisó al respecto que, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada integración en un entorno social y familiar.²² Mencionó entre los factores enumerados, sin carácter excluyente, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.²³ Añadió que la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado miembro, expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual.²⁴

66. Resulta así pues de la sentencia A, antes citada, que la residencia habitual, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 «se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar». No obstante, esa sentencia ofrece en realidad algo más que una definición del concepto de residencia habitual. Traza las grandes líneas de un test que permite identificar la residencia habitual de un menor. Ese test consiste en evaluar y ponderar un conjunto de indicios objetivos y subjetivos, cuantitativos y cualitativos, temporales e intencionales, capaces de demostrar la integración de un menor en un entorno social y familiar, integración que debe presentar cierta intensidad.

67. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia afirmó que la determinación del lugar de residencia habitual de un menor incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deben llevar a cabo una evaluación del conjunto de la situación, una apreciación global de los diferentes aspectos e indicios pertinentes.²⁵ Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ofreció indicaciones más precisas sobre las obligaciones a cargo de los órganos jurisdiccionales nacionales en ese aspecto.

68. Terminado este recordatorio, podría considerarse que la sentencia A, antes citada, ya conlleva una respuesta a la vez precisa y completa a la primera cuestión del tribunal remitente, dado que proporciona al mismo tiempo

20 — Ibidem (apartado 36).

21 — Ibidem (apartado 37).

22 — Sentencia A, antes citada (apartado 38).

23 — Ibidem (apartado 39).

24 — Ibidem (apartado 40).

25 — Sentencia A, antes citada (apartado 42).

el marco, los criterios y el método de determinación de la residencia habitual de un menor en el sentido del Reglamento n° 2201/2003.

2. La «pérdida» y la «adquisición» de una residencia habitual en caso de traslado lícito

69. Sin embargo, no es ese el criterio del tribunal remitente que, aun teniendo necesariamente pleno conocimiento de la sentencia A, antes citada, consideró, no obstante, que debía plantear esa cuestión.²⁶

a) Las condiciones del traslado de la residencia habitual

70. Por tanto, el tribunal remitente desea claramente que el Tribunal de Justicia vaya más allá de las precisiones ya enunciadas en su sentencia A, antes citada, proporcionando indicaciones más precisas que le permitan sopesar, de conformidad con el Derecho de la Unión, las alegaciones contradictorias sobre ese aspecto cruzadas entre las partes en el asunto principal y dirimir el litigio del que conoce. Así pues, la cuestión del tribunal remitente debe comprenderse, ni más ni menos, como una invitación a precisar los criterios que permiten determinar en qué circunstancias puede considerarse que, en el caso de un menor que ha salido lícitamente con su madre del territorio de un Estado miembro en el que ese menor tenía su residencia habitual, se ha producido la «pérdida» de esa residencia habitual inicial y la adquisición de una nueva residencia habitual.

71. Para que pueda considerarse que se ha producido cambio de residencia habitual es preciso que haya habido «pérdida» de la residencia habitual inicial y «adquisición» de una nueva residencia habitual.²⁷ Si bien una misma persona puede tener, en efecto, varias residencias «simples», en cambio, no puede tener más que una sola residencia habitual. Además, la situación de una persona que decide marchar de un Estado miembro para instalarse en otro y vivir en éste de forma definitiva no es la misma que la de una persona que en un primer momento establece temporalmente su residencia simple en un Estado miembro, pero que termina por instalarse en él al cabo de cierto tiempo. En el primer caso, la pérdida de la residencia habitual y la adquisición de la nueva son hechos simultáneos. En el segundo, la adquisición de la residencia habitual en el nuevo Estado miembro no podrá considerarse efectiva de forma verosímil

26 — De la exposición de los argumentos intercambiados ante el órgano jurisdiccional remitente se desprende, efectivamente, que la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, cuando adoptó su resolución de 15 de abril de 2010, conocía la existencia de la sentencia A, antes citada, y que, en el contexto de la determinación de la residencia habitual del menor que hizo, dicho tribunal tomó en consideración el impacto de esta última sentencia sobre el Derecho inglés.

27 — Según la expresión tomada de Lagarde, P.: «Informe explicativo sobre el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños» (RTNU, 2004, vol. 2204, n° 39130), *Actes et documents de la XVIIIème Session de la Conférence de La Haye, 1996*, Tome II, Protection des enfants, n° 41. Esta proposición está admitida ampliamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Véase, en particular, Richez-Pons, A., *op. cit.*, p 206.

hasta pasado cierto tiempo.²⁸ Queda por determinar, sin embargo, cuáles son los indicios de la pérdida y de la adquisición de una residencia habitual.

puede adquirir una nueva residencia habitual en un plazo de tres meses.²⁹

b) Los indicios del traslado de la residencia habitual

72. Sobre este aspecto debe prestarse una especial atención a las disposiciones del artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003, así como a la voluntad de la madre de la menor, dadas las circunstancias del litigio principal.

74. Según la versión lingüística utilizada, esa disposición puede ser objeto de interpretaciones matizadas, por no decir divergentes. Así, por ejemplo, la versión alemana³⁰ de esa disposición tiende a sustentar la idea de que el traslado lícito lleva consigo normalmente la adquisición de una nueva residencia habitual, en tanto que de la versión francesa³¹ se deduce claramente que la aplicabilidad de esa disposición se somete al requisito de que

i) Los factores de interpretación que se deducen del artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003

73. En el caso de un menor que se traslada lícitamente de un Estado miembro a otro en el que adquiere una nueva residencia habitual, el artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003 sólo prevé la prórroga de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual inicial durante un período de tres meses. El Reglamento n° 2201/2003 reconoce, pues, que un menor

29 — La guía práctica para la aplicación del Reglamento n° 2201/2003 precisa, a este respecto, que el artículo 9 de dicho Reglamento únicamente se aplica si el menor ha adquirido su residencia habitual en el Estado miembro de llegada durante dicho período de tres meses.

30 — En la versión alemana, el artículo 9, apartado 1, primera frase, del Reglamento n° 2201/2003 se lee como sigue: «Beim rechtmäßigen Umzug eines Kindes von einem Mitgliedstaat in einen anderen, durch den es dort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt erlangt». Lo mismo sucede con la versión italiana «In caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro ad un altro che diventa la sua residenza abituale».

31 — Lo mismo que las versiones en español «Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último», en danés «Når et barn lovligt flytter fra én medlemsstat til en anden og får nyt sædvanligt opholdssted dér», en inglés «Where a child moves lawfully from one Member State to another and acquires a new habitual residence there», en neerlandés «Wanneer een kind legaal van een lidstaat naar een andere lidstaat verhuist en aldaar een nieuwe gewone verblijfplaats verkrijgt», en portugués «Quando uma criança se desloca legalmente de um Estado-Membro para outro e passa a ter a sua residência habitual neste último», en finés «Kun lapsi muuttaa laillisesti jäsenvaltiosta toiseen ja saa siellä uuden asuinpaikan» y en sueco «När ett barn lagligen flyttar från en medlemsstat till en annan och förvärvat nytt hemvist där skall».

28 — Véase Richez-Pons, A., *op. cit.*, p. 206 y ss.

el menor se haya trasladado lícitamente, por una parte, y de que haya adquirido una nueva residencia habitual, por otra.

pueda solicitar a los órganos jurisdiccionales que habían concedido ese derecho de visita la modificación de este último en función de las nuevas circunstancias.

75. Sin revisar con amplitud la jurisprudencia muy conocida del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación de los textos plurilingües del Derecho de la Unión, recuérdese que esa disposición debe ser interpretada atendiendo a todas sus versiones lingüísticas y en función tanto de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte³² como de la voluntad real de su autor y del objetivo perseguido por éste.³³

77. La regulación establecida por esa disposición postula, por tanto, que el traslado lícito de una persona, titular de la responsabilidad parental respecto de un menor, a otro Estado miembro implica normalmente la adquisición de una nueva residencia habitual en ese Estado miembro. Por consiguiente, salvo circunstancias específicas, un traslado lícito debería implicar normalmente la transferencia de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de partida a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de llegada, a los que se considera mejor situados en aplicación del principio de proximidad.³⁵

76. A pesar de su título algo engañoso,³⁴ el artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003 establece en realidad el principio de una transferencia de competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor en caso de traslado lícito de éste. La competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia inicial únicamente se mantiene durante un período limitado de tres meses para que el titular de un derecho de visita, obligado a aceptar el traslado del menor,

78. Puesto que cabe deducir de las disposiciones del artículo 9 del Reglamento n° 2201/2003 que el traslado lícito de un Estado miembro a otro Estado miembro, siempre que presente toda la apariencia de una instalación indefinida y no coyuntural en ese último Estado miembro, constituye un indicio bastante firme de la adquisición de la residencia habitual en este último, dicho indicio debería elevarse en tal caso al rango de presunción, aunque fuera débil, de la adquisición de una nueva residencia habitual, con la

32 — Véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 14, y de 29 de abril de 2010, M y otros (C-340/08, Rec. p. I-3913), apartado 44.

33 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de noviembre de 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419), apartado 33; de 22 de octubre de 2009, Zurita García y Choque Cabrera (C-261/08 y C-348/08, Rec. p. I-10143), apartado 54, y de 3 de junio de 2010, Internetportal und Marketing (C-569/08, Rec. p. I-4871), apartado 35.

34 — En este sentido, por ejemplo, Gallant, E.: *Compétence reconnaissance et exécution (Matières matrimoniale et de responsabilité parentale)*, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, août 2007, n° 167.

35 — Por otra parte, el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 sólo prevé, en caso de traslado ilícito de un menor, el mantenimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro, y ello a condición de que, concretamente, el menor haya residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año y esté integrado en su nuevo entorno.

consecuencia de que correspondería entonces a la parte que refutara dicha adquisición aportar los medios tendentes a probar que la misma no tuvo lugar dadas las circunstancias del caso.

79. No obstante, es preciso señalar que, aunque estos factores tienen importancia, no son ciertamente los únicos que deben tomarse en consideración, ya que el examen al que deben proceder los órganos jurisdiccionales nacionales tiene que realizarse en cualquier caso después de una evaluación global de la situación, en los términos enunciados por la sentencia A, antes citada, y de una ponderación de todos los elementos pertinentes, con la finalidad de determinar la integración del menor en su entorno familiar y social.

80. Hay que precisar al respecto que no parece oportuno circunscribir el examen por los órganos jurisdiccionales nacionales de las situaciones de traslado de residencia habitual mediante la fijación por vía jurisprudencial, por ejemplo, de un plazo estándar,³⁶ a cuyo

término pudiera considerarse efectivo³⁷ un cambio de residencia, ni tampoco decidiendo que el traslado lícito de un menor es causa de pérdida inmediata de su residencia habitual inicial a partir de su realización.³⁸ Ambos criterios estarían en contradicción directa con el criterio flexible y pragmático propugnado por el Tribunal de Justicia en su sentencia A, antes citada, sin que necesariamente permitieran apreciar la totalidad de las situaciones concebibles.

ii) La importancia de la voluntad de la madre en la apreciación de la residencia habitual de un menor lícitamente trasladado

81. Como he recordado anteriormente, incumbe al órgano jurisdiccional ante el que, en primer lugar, se inicia un procedimiento determinar, con referencia a la fecha de esa iniciación, cuál es la residencia habitual del menor, siguiendo la metodología prescrita por el Tribunal de Justicia en su sentencia A, antes citada. Aunque en ésta el Tribunal de Justicia no se haya pronunciado sobre dicha cuestión, es evidente que la búsqueda de los indicios que permitan a ese órgano jurisdiccional formarse una opinión debe realizarse conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, con observancia, no obstante, del ordenamiento y de los principios

36 — Que podría ser, por ejemplo, de seis meses. Acerca de este elemento temporal del concepto de residencia habitual, véase, en particular, Espinosa Calabuig, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, 2007, p. 128 y ss. Hay que observar que la comisión encargada de elaborar el proyecto de convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, antes mencionado, «rechazó la idea de cuantificar el período de tiempo que sería necesario para adquirir una nueva residencia habitual», precisamente porque se trata de una cuestión de hecho que debe ser apreciada caso por caso. Véase Lagarde, P., *op. cit.*, n° 41.

37 — O por debajo del cual no podría admitirse que un cambio de residencia equivale a un cambio de residencia habitual.

38 — Ésta es concretamente la solución preconizada por la guía práctica para la aplicación del Reglamento n° 2201/2003 (p. 13). Por tanto, la mera presencia del menor en el Estado miembro de destino sería asimilada a la adquisición de una nueva residencia habitual, lo cual estaría en contradicción con la posición adoptada por el Tribunal de Justicia en su sentencia A, antes citada, según la cual la mera presencia física de un menor en un Estado miembro no puede bastar para declarar que tiene su residencia habitual en éste.

generales del Derecho de la Unión. Sin embargo, en circunstancias como las del litigio principal, la consideración de la voluntad de la madre de la menor, en cuanto ella era la única titular de la autoridad parental sobre la niña en la fecha de su traslado, constituía un factor de muy especial importancia.

82. Recuérdese que en el litigio principal la madre y la menor abandonaron Inglaterra el 7 de octubre de 2009. Los órganos jurisdiccionales ingleses, ante los que se inició el procedimiento el 12 de octubre de 2009 y que eran los primeros que debían determinar su competencia conforme al Reglamento n° 2201/2003, tenían que determinar, por tanto, si la menor, a partir de su marcha con su madre, había perdido su residencia habitual en Inglaterra y había adquirido una nueva residencia habitual en Francia en la fecha en la que se inició el procedimiento ante los referidos órganos.

83. Aparentemente, como resulta de la resolución de 15 de abril de 2010, por un lado, la voluntad de la madre de abandonar definitivamente Inglaterra con su hija podía deducirse de algunos hechos objetivos, como la compra de un billete de avión con trayecto de ida únicamente, y de varias declaraciones que manifestaban con mayor o menor claridad tal intención. En cambio, el hecho de que la madre vendiera el vehículo que poseía en Inglaterra no se consideró lo bastante concluyente al respecto. No obstante, por otro lado,

también podía dudarse seriamente de esa voluntad, habida cuenta de que la madre no había informado de su partida a su empresario ni al propietario de su apartamento.

84. Por otra parte, aunque apenas cabía dudar de la voluntad de la madre de abandonar Inglaterra, otros factores permitían poner en duda su firme intención de instalarse en la isla de la Reunión. De la correspondencia intercambiada poco antes de su partida, y en particular de una postal enviada desde el aeropuerto el día de su partida, podía deducirse que parecía más una respuesta al estrés causado por las amenazas de iniciación de un procedimiento judicial, expresadas por el padre con vistas a obtener el reconocimiento de su autoridad parental sobre la menor, que una decisión, tomada tras madura reflexión, de rehacer su vida en la isla de la Reunión.

85. Como se ha destacado antes, es cierto que la partida lícita de un Estado miembro y el establecimiento de una nueva residencia en otro Estado miembro no implican necesaria, automática e inmediatamente la adquisición de una nueva residencia habitual en el segundo Estado miembro. Sigue en pie no obstante el hecho de que, en una situación como la del litigio principal, la voluntad de la única persona que tiene la autoridad parental sobre el menor debe tomarse ciertamente en consideración con carácter preponderante, como observó el Gobierno alemán en la vista.

86. Esa consideración era tanto más necesaria en el asunto principal dado que la menor era una lactante en la fecha de su traslado.

87. La edad del menor puede tomarse en consideración al examinar tanto la pérdida de la residencia habitual como la adquisición de una nueva residencia habitual. Dado que un menor de muy corta edad depende especialmente de su madre y que ésta representa su «horizonte vital», es evidente que la voluntad de la madre de abandonar lícitamente un Estado miembro para instalarse o reinstalarse en otro Estado miembro constituye un factor decisivo en la evaluación de la pérdida de la residencia habitual de ese menor. La muy corta edad del menor implica, además, que las condiciones para su integración en su nuevo entorno familiar y social pueden alcanzarse con gran rapidez.

88. Esa consideración preponderante de la voluntad del único titular de la autoridad parental no implica en absoluto que no deba tenerse en cuenta ningún otro factor.

89. Al contrario, esa voluntad debe confirmarse con factores tangibles que, como el Tribunal de Justicia subrayó en su sentencia A, antes citada, pueden ser la adquisición o el arrendamiento de una vivienda en el nuevo Estado miembro. No obstante, un retorno a su país de origen o un retorno junto a miembros de su familia son aspectos igualmente pertinentes para apreciar esa voluntad. Ese

puede ser muy especialmente el caso en una situación como la del asunto principal, en la que el padre abandonó el domicilio común poco antes del nacimiento de la menor. Consideraciones tanto psicológicas como económicas pueden permitir también apreciar en esas circunstancias el significado de una partida.

90. Como el Gobierno alemán ha puesto de relieve en la vista, no puede dejar de considerarse esa voluntad con fundamento exclusivo en la alegación de que el traslado de la menor está motivado esencialmente por la finalidad de conservar un derecho de custodia exclusivo.

91. El padre de la menor ha alegado al respecto que la partida de la madre con la niña se produjo con el ánimo específico de poder eludir la competencia de los tribunales ingleses y con la finalidad de constituir vínculos legales y jurisdiccionales artificiales, con vulneración del derecho tanto de la menor como del padre a una vida familiar, garantizado por el artículo 7 de la Carta y por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como de los derechos del niño garantizados por el artículo 24 de la Carta. Pone de relieve que los efectos lesivos de la sustracción de menores se materializan en la vida cotidiana y que no pueden relativizarse con fundamento en consideraciones jurídicas abstractas, como la referida a la cuestión de

si la responsabilidad parental estaba atribuida únicamente a la madre o bien a los dos progenitores en el momento del traslado del menor. Añade que ni el Reglamento n° 2201/2003 ni el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores establecen distinciones según la condición de los padres, en función de que estén o no casados.

92. Aunque esas alegaciones correspondieran a la realidad, lo que no es posible determinar únicamente a partir de los autos, deben desestimarse.

93. Es preciso no perder de vista que la determinación de la residencia habitual de un menor no tiene otro objetivo que identificar el órgano jurisdiccional al que se considera más cercano al menor, conforme al principio de proximidad y por el interés superior del menor. Ese examen, como ya se ha subrayado, debe realizarse desde el punto de vista del menor y en ningún caso desde el de los padres, sea cual sea la legitimidad de sus pretensiones relativas al menor.

94. So pena de socavar los fundamentos mismos en los que se sustenta el Reglamento n° 2201/2003, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden basar únicamente su competencia en la consideración de que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro no podrían proteger adecuadamente los derechos legítimos de los demandantes.

95. A modo de conclusión, debo insistir, en particular, en el hecho de que los órganos jurisdiccionales nacionales a los que incumbe pronunciarse sobre su competencia en virtud del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003, cuando determinan la residencia habitual de un menor, y en particular a efectos de evaluar la realidad de un traslado de residencia habitual consecutivo a un traslado lícito, deben tomar todas las medidas necesarias para ofrecer a la persona que disponga exclusivamente de la autoridad parental y que haya decidido el traslado los medios para ser oída con plenitud. Es indispensable no sólo que esa persona haya podido presentar sus observaciones, sino también que haya tenido la oportunidad de exponer las razones de su partida.

96. De la resolución de remisión resulta que si bien se hizo así antes de dictarse la resolución de 15 de abril de 2010, en cambio ello no tuvo lugar antes de la resolución de 12 de octubre de 2009, que corresponde a la primera demanda ante un órgano jurisdiccional en el litigio principal, en el sentido del artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003.

B — Sobre la apreciación de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales en caso de cambio de residencia habitual

97. A partir del principio de que mediante su sentencia prejudicial el Tribunal de Justicia debe dar una respuesta útil y completa a

la cuestión del tribunal remitente y accesoriamamente proporcionar a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan de aplicar el Reglamento n° 2201/2003 las pautas que les permitan resolver sobre su propia competencia, es juicioso recordar que el Reglamento n° 2201/2003 ha establecido un sistema de competencias completo y coherente a la vez, en el que la residencia habitual de un menor es sólo uno de los criterios, aun si fuera el más importante, con fundamento en el cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben determinar su competencia. Propongo, por tanto, hacer una aclaración de lo que es y debe ser la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Reglamento n° 2201/2003.

1. La aclaración de la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Reglamento n° 2201/2003

98. El artículo 8, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003, que establece la competencia general del órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, únicamente se aplica, conforme a su apartado 2, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12 del mismo Reglamento.

99. Por tanto, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que han de pronunciarse sobre su competencia con arreglo al Reglamento n° 2201/2003 tienen que seguir para ello el camino prescrito por el artículo 8, apartado 2, del mismo Reglamento. Ante todo, deben verificar si son competentes en virtud de los artículos 9, 10 y 12 del

Reglamento n° 2201/2003. En caso negativo, deben apreciar su competencia en virtud del artículo 8, apartado 1, de ese Reglamento, en el marco y según el método prescrito por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, y en especial en la sentencia A, antes citada, para determinar la residencia habitual del menor.

100. Suponiendo que el método así seguido no permita determinar la residencia habitual del menor, los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan del asunto deberán pronunciarse entonces con fundamento en las demás disposiciones del Reglamento n° 2201/2003, bien sea en virtud del artículo 13 de éste si es imposible determinar la residencia habitual del menor, bien sea en virtud del artículo 15 del mismo Reglamento si les parece razonable inhibirse de ejercer la competencia basada en la residencia habitual del menor.³⁹

101. Es importante al respecto insistir en las diferentes dimensiones de la función de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Reglamento n° 2201/2003.⁴⁰

102. El artículo 17 del Reglamento n° 2201/2003 impone a los órganos

39 — En último extremo, también pueden declararse competentes en virtud del artículo 14 del Reglamento n° 2201/2003, que establece que, si del artículo 8 o del artículo 13 de dicho Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional en un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

40 — Sobre este aspecto de la cuestión, véase, por ejemplo, Niboyet, M.-L.: «L'office du juge – la vérification et l'exercice de la compétence», dans Fulchiron, H., et Nourissat, C. (dir.), *op. cit.*, p. 191.

jurisdiccionales la obligación de suscitar de oficio su incompetencia, siempre que su supuesta competencia carezca de fundamento según los términos del citado Reglamento y que sea competente un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conforme al mismo Reglamento.

artículo 16 del mismo Reglamento. Examinaré sucesivamente ambas posibilidades.

2. El examen de la oportunidad de la remisión a otro órgano jurisdiccional

103. No obstante, puede deducirse ciertamente del sistema del Reglamento n° 2201/2003 que éste también les exige, además de examinar su propia competencia,⁴¹ debiendo instar en su caso a las partes a presentar sus observaciones al respecto,⁴² fundamentar de oficio su competencia en dicho Reglamento. Les incumbe además, para garantizar el interés superior del menor, examinar en ese contexto la totalidad de los posibles criterios de competencia, y en especial la posibilidad de declinar su propia competencia a favor de otro órgano jurisdiccional mejor situado.

105. El asunto principal ofrece una excelente ilustración de las condiciones en las que un órgano jurisdiccional podría acordar la remisión a otro órgano jurisdiccional. La High Court of Justice (England & Wales), Family Division, habida cuenta de las dudas manifestadas en su resolución de 15 de abril de 2010 habría podido ciertamente inhibirse con fundamento en el artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003. La Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) podría decidir a su vez, habida cuenta de la evolución de la situación, remitir el asunto a los órganos jurisdiccionales franceses, sin duda mejor situados actualmente para resolver el litigio principal.

104. El Tribunal de Justicia así lo afirmó precisamente en su sentencia A,⁴³ antes citada, en la que alude al supuesto excepcional de que, no siendo posible determinar la residencia habitual de un menor, el órgano jurisdiccional nacional tenga que decidir, en virtud del artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003, inhibirse a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. Un órgano jurisdiccional nacional también puede inhibirse basándose en el

a) La remisión al órgano jurisdiccional del lugar de presencia del menor: el artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003

106. El artículo 13, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 prevé que, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12 del mismo Reglamento, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor.

41 — Sentencia de 15 de julio de 2010, Purrucker (C-256/09, Rec. p. I-7353), apartado 73.

42 — Véase el punto 101 de la presente opinión.

43 — Apartado 43.

107. En la motivación de su resolución de remisión, el tribunal remitente se ha preguntado si podría considerarse que el 12 de octubre de 2009 el menor ya no tenía una residencia habitual.

108. En sus observaciones escritas la Comisión ha evocado esa posibilidad. Haciendo referencia a una sentencia del juez Brandon of Oakbrook,⁴⁴ pone de relieve, en efecto, que una persona puede dejar de residir habitualmente en un Estado miembro en un solo día, si sale de él con la intención firme de no regresar a éste y decide por el contrario trasladar de forma duradera su residencia a otro Estado miembro. Sin embargo, esa persona no puede llegar a ser residente habitual en el segundo Estado miembro en un solo día ya que es necesario para ello un período relativamente largo y una intención firme. Durante ese período relativamente largo la persona habrá perdido por tanto su residencia habitual en el primer Estado miembro, sin adquirir no obstante una nueva residencia habitual en el segundo Estado miembro. La Comisión deduce de ello que incumbe al órgano jurisdiccional determinar si la madre tenía la firme intención de no regresar a Inglaterra, estando a cargo de ella la prueba correspondiente conforme a las disposiciones del Derecho nacional del tribunal remitente.

109. En términos un poco diferentes el Gobierno del Reino Unido también alega que es

posible que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber considerado todos los factores pertinentes y basándose en las particularidades del caso concreto, concluya que un menor puede perder su residencia habitual en un Estado miembro inmediatamente después de su partida de éste. Subraya al respecto que tal situación no implica una reducción de la protección del menor, dado que el artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003 prevé precisamente la competencia del Estado miembro en el que el menor está presente.

110. Por tanto, cabe insistir de nuevo en la idea de que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales examinar si concurren las condiciones para la aplicación del artículo 13 del Reglamento n° 2201/2003 y si, por consiguiente, debe aplicarse esa disposición.

b) La remisión al órgano jurisdiccional mejor situado: el artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003 y la excepción de *forum non conveniens*

111. El artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 prevé que, excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales competentes de un Estado miembro podrán, si consideran

44 — Asunto J [1990] 2 AC 562, p. 578.

que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto, y cuando ello responda al interés superior del menor, ya sea suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 4 del mismo artículo, ya sea solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al apartado 5 de dicho artículo.

112. El artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 prevé que esa posibilidad puede hacerse efectiva, en particular, a petición del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

113. Podría así pues insistirse en la idea de que corresponde al tribunal remitente examinar si concurren las condiciones para la aplicación del artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 en la situación objeto del litigio principal y si, por consiguiente, debe aplicarse esa disposición.

C — Conclusión

114. Debe darse, por tanto, la siguiente respuesta a la primera cuestión prejudicial del tribunal remitente. De forma general, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda relativa a la responsabilidad parental respecto de un menor debe pronunciarse expresamente sobre su competencia en virtud del Reglamento n° 2201/2003, tras haber examinado sucesivamente los diferentes fundamentos en los que puede sustentarse esa competencia en virtud de dicho Reglamento. En ese examen le incumbe determinar, en el interés superior del menor, la residencia habitual de éste, apreciando todas las circunstancias de hecho específicas de la situación considerada. En particular, en circunstancias como las del litigio principal, que se caracteriza, por una parte, por la licitud del traslado de un menor de un Estado miembro en el que tenía su residencia habitual a otro Estado miembro y, por otra, por la inmediatez, aunque posterior, iniciación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional en el Estado miembro de la residencia inicial, este órgano debe, más en concreto, tratar de determinar si ese traslado da lugar efectivamente, a corto plazo, a la pérdida de la residencia habitual inicial del menor y a la adquisición de una nueva residencia habitual en el Estado miembro de destino. Con esa finalidad, el referido órgano jurisdiccional debe tomar en consideración de forma preponderante e identificable la voluntad de la persona titular de la autoridad parental que haya decidido el traslado lícito, teniendo en cuenta, en particular, la edad del menor, y tras haber dado a dicha persona la oportunidad de presentar sus observaciones y de exponer plenamente las razones que motivaron ese traslado. Incumbe a la persona que refute la adquisición de una nueva residencia habitual en esas circunstancias la carga de aportar medios tendentes a probar que ese traslado no estuvo motivado por la voluntad de establecer una

nueva residencia habitual en el Estado miembro de destino. Por último, si no le es posible determinar la residencia habitual del menor, en ese caso el órgano jurisdiccional nacional deberá declararlo así y pronunciarse, con observancia del principio de proximidad, sobre su propia competencia, basándose en las disposiciones del artículo 13 o del artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003.

VI — Sobre las cuestiones segunda y tercera

A — *Observaciones previas sobre la pertinencia de las cuestiones planteadas*

1. Planteamiento del problema

115. Mediante su primera cuestión,⁴⁵ segundo guión, así como su tercera cuestión, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003, que establece las reglas de competencia en caso de sustracción de menor.

116. Además, mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia si a efectos de las disposiciones del Reglamento n° 2201/2003 un órgano jurisdiccional puede constituir una «institución u organismo», conceptos y expresión que sólo se utilizan en los artículos 10 y 11 del mismo Reglamento.

117. Como la Comisión ha subrayado en sus observaciones escritas, el tribunal remitente no expone las razones por las que necesita una respuesta a esta cuestión para resolver el litigio del que conoce. Pone de relieve, no obstante, que esa cuestión parece partir de la premisa de que, si los órganos jurisdiccionales ingleses adquirieron un derecho de custodia desde el 9 de octubre de 2010, la no restitución de la menor a Inglaterra es ilícita y, por consiguiente, puede dar lugar a la aplicación tanto del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores como del artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003, dedicado precisamente a la restitución del menor en caso de traslado o retención ilícitos.

118. El padre de la menor alega acerca de ello, entre otras cosas, que si bien la partida de la madre con la menor no era ilícita inicialmente, la no restitución de la niña a Inglaterra se hizo ilícita, ya que la madre no dio cumplimiento a las diferentes resoluciones de los órganos jurisdiccionales ingleses.

119. Sobre este aspecto, podría considerarse que la segunda cuestión planteada por el tribunal remitente también hace referencia implícita a las disposiciones del artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003.

120. Así pues, de las cuestiones del tribunal remitente resulta que éste considera, al

45 — Sobre este aspecto de la cuestión, véase la nota 13.

menos implícitamente, que los hechos objeto del litigio principal pueden asimilarse a una sustracción de menor y que, por consiguiente, son aplicables tanto el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores como los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003.

121. Ahora bien, de la resolución misma de remisión se deduce que la demandante en el asunto principal marchó lícitamente de Inglaterra a la isla de la Reunión, lo que además así se hizo constar en la resolución de 15 de abril de 2010 de la High Court of Justice (England & Wales), Family Division. En efecto, la resolución de remisión indica que la demandante en el asunto principal era la única titular de la responsabilidad parental respecto de la menor y, por consiguiente, la única persona que disponía de un derecho de custodia en el sentido de los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

122. El tribunal remitente puntualiza que en Inglaterra y en el País de Gales un padre no dispone por ministerio de la ley de la responsabilidad parental de un menor nacido fuera del matrimonio. Puede, no obstante, obtener esa responsabilidad parental bien por la mención de su nombre en calidad de padre en el acta de nacimiento del menor, bien por la conclusión de un acuerdo con la madre sobre la responsabilidad parental, o bien por una resolución judicial que le atribuya la responsabilidad parental («parental responsibility order»).

123. En la vista, los Gobiernos alemán y francés también han manifestado dudas acerca de la pertinencia de las cuestiones así planteadas por el tribunal remitente, habida cuenta de la situación de hecho objeto del litigio principal.

2. Apreciación

124. A este respecto, debe recordarse ante todo que únicamente puede existir «traslado o retención ilícitos de un menor», a tenor del artículo 2, número 11, del Reglamento n° 2201/2003, cuando se haya producido la infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención

125. En el presente asunto, la partida de la madre con la menor era lícita, como ha declarado el tribunal remitente, y en ello convienen tanto la demandante y el demandado en el asunto principal como el Gobierno del Reino Unido y la Comisión en sus observaciones escritas y orales, y los Gobiernos alemán, irlandés y francés en sus observaciones orales. Ese traslado no tuvo lugar con vulneración del derecho de custodia del padre de la menor ni del derecho de custodia de otra institución u organismo.⁴⁶

126. Pues bien, el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003, que establece una regla específica de competencia en caso de sustracción de menor, sólo es aplicable precisamente en el supuesto de traslado o retención ilícitos de

46 — Sobre este aspecto de la cuestión, véase más adelante la propuesta de respuesta a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente.

un menor en el sentido del artículo 2, número 11, del Reglamento n° 2201/2003.

retención.⁴⁹ El segundo es que ese derecho debe haberse ejercitado de forma efectiva.⁵⁰

127. Como el Tribunal de Justicia afirmó en su sentencia *McB*,⁴⁷ el carácter ilícito del traslado de un menor a efectos de la aplicación del Reglamento n° 2201/2003 depende exclusivamente de la existencia de un derecho de custodia conferido por el Derecho nacional aplicable, con infracción del cual se haya producido ese traslado.

128. El Tribunal de Justicia también estimó en dicha sentencia que esa interpretación del Reglamento n° 2201/2003 no era incompatible con los derechos garantizados por la Carta, y en particular por los artículos 7 y 24 de ésta, que reconocen respectivamente el derecho al respeto de la vida privada y familiar y los derechos fundamentales del niño, siempre que, no obstante, el padre del menor haya dispuesto de la facultad de solicitar que le sea conferido un derecho de custodia de su hijo antes del traslado de éste.⁴⁸

129. Hay que añadir al respecto que, a tenor del artículo 3 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, sólo puede considerarse que se produce «traslado ilícito» o «retención ilícita» de un menor si concurren dos requisitos. El primero es que tiene que haber infracción de un derecho de custodia atribuido por el Derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o

130. Por otra parte, el artículo 3 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores precisa en su párrafo segundo que el referido derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de ese Estado. Dicho de otra forma, los modos de atribución del derecho de custodia a efectos del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores corresponden a los tres modos de atribución de la responsabilidad parental previstos por la legislación de Inglaterra y del País de Gales.

131. De ello se deduce que, atendiendo a la información presentada al Tribunal de Justicia por el propio tribunal remitente, y no refutada, no parece que el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 sea aplicable a la situación objeto del litigio principal.

132. No obstante, tanto las partes demandante y demandada en el litigio principal y

47 — Sentencia de 5 de octubre de 2010 (C-400/10 PPU, Rec. p. I-8965), apartado 44.

48 — Sentencia *McB*, antes citada (apartados 49 a 64).

49 — Si al órgano jurisdiccional ante el que se ejercitó la acción, por teléfono, el 9 de octubre de 2009 se le hubiera presentado la demanda el día anterior a la marcha de la madre con el menor, este traslado se habría efectuado en infracción del derecho de custodia reconocido al órgano jurisdiccional por el Estado miembro de la residencia habitual inicial del menor, si no hubiera sido autorizado previamente por dicho órgano jurisdiccional. Por tanto, dicho traslado habría sido ilícito y habría establecido la competencia del órgano jurisdiccional al que se sometió el asunto en virtud del artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003.

50 — Véase, a este respecto, Pérez Vera, E.: «Informe explicativo sobre el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores», *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome III, *Enlèvement d'enfants*, n° 64 y ss.

el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, en sus observaciones escritas y orales, como los Gobiernos alemán, irlandés y francés en la vista, a pesar de sus dudas al respecto, han sugerido respuestas a las cuestiones así planteadas.

133. Me propongo, así pues, examinar brevemente en las siguientes líneas las cuestiones segunda y tercera formuladas por el tribunal remitente, pero únicamente con carácter subsidiario.

134. Es oportuno, sin embargo, aprovechar la ocasión que ofrece el presente asunto para recordar a los órganos jurisdiccionales nacionales que, entre las obligaciones que les incumben en el marco del procedimiento prejudicial establecido por el artículo 267 TFUE, está la de exponer las razones por las que consideran necesaria una respuesta a la cuestión o cuestiones que plantean para dirimir el litigio del que conocen. Esta exigencia tiene especial fuerza en el contexto de los procedimientos prejudiciales de urgencia.

B — Sobre la segunda cuestión

135. Mediante su segunda cuestión, el tribunal remitente pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la cuestión de si un órgano jurisdiccional puede constituir una

«institución u organismo» al que pueda atribuirse un derecho de custodia a efectos del Reglamento n° 2201/2003.

136. Como se ha precisado en las precedentes observaciones previas, esta cuestión requiere una interpretación de los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003, únicas disposiciones de este Reglamento que mencionan a una «institución» u «organismo» en relación con el derecho de custodia.

137. El Reglamento n° 2201/2003 no define lo que debe entenderse por «institución» en el sentido de los artículos 10 y 11.

138. En su sentencia McB,⁵¹ antes citada, el Tribunal de Justicia precisó sobre ello, no obstante, que, a diferencia del concepto de «derecho de custodia», concepto comunitario autónomo en relación con el Derecho de los Estados miembros, dado que se define en el artículo 2, número 9, del Reglamento n° 2201/2003, la designación del titular del derecho de custodia corresponde al Derecho de los Estados miembros,⁵² conforme a la redacción del artículo 2, número 11, del mismo Reglamento.⁵³

51 — El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, del que se ha calcado el Reglamento n° 2201/2003 en este aspecto, consagra igualmente el derecho de custodia de las instituciones y organismos. Véase Pérez Vera, E., *op. cit.*, punto 80.

52 — Apartado 43.

53 — El órgano jurisdiccional remitente dictó la resolución de remisión el 8 de octubre de 2010, muy poco tiempo después de la sentencia McB, antes citada, dictada el 5 de octubre de 2010 y, por tanto, no tuvo conocimiento de esta sentencia.

139. Las partes demandante y demandada en el asunto principal, los Gobiernos del Reino Unido, irlandés y francés y la Comisión se han remitido de forma general a la sentencia McB, antes citada, subrayando en sus escritos procesales o en la vista que no veían objeción alguna a la atribución de un derecho de custodia a un órgano jurisdiccional.

140. Únicamente el Gobierno alemán ha alegado en la vista que no es posible reconocer a un órgano jurisdiccional, que precisamente conoce de una demanda sobre el derecho de custodia de un menor en virtud del artículo 1, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 2201/2003, la calidad de institución en el sentido de los artículos 10 y 11 del Reglamento sin menoscabar la aplicación uniforme de ese Reglamento. Ese Gobierno añade, no obstante, que el Reglamento n° 2201/2003 no excluye la posibilidad de reconocer ese derecho a un órgano jurisdiccional.

141. Por tanto, de forma general se considera que, como el Tribunal de Justicia afirmó en su sentencia McB, antes citada, las condiciones de atribución de los derechos de custodia y de la responsabilidad parental corresponden al Derecho de los Estados miembros. Sin embargo, en este contexto la cuestión de si el concepto de «institución» previsto en los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003 también debe corresponder a los Estados miembros podría ser objeto de discusión, vista la objeción expuesta por el Gobierno alemán.

142. A este respecto, puede observarse que el artículo 2, número 9, del Reglamento n° 2201/2003 define el «derecho de custodia» como «los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia». El artículo 2, número 7, del mismo Reglamento precisa que el derecho de custodia así definido es uno de los atributos de la responsabilidad parental, definida a su vez como el conjunto de 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».

143. La comparación del artículo 2, número 7, del Reglamento n° 2201/2003, que define la responsabilidad parental sin hacer remisión a los Derechos de los Estados miembros, y del artículo 2, número 11, del mismo Reglamento, que define el traslado y la retención ilícitos, podría fundamentar una interpretación según la cual correspondería al Tribunal de Justicia determinar lo que abarca el concepto de «institución» a efectos de ambas disposiciones.

144. Sin embargo, es bastante difícil concebir que el Tribunal de Justicia pueda dar en realidad una interpretación autónoma y uniforme de ese concepto, teniendo en cuenta el contexto de dichas disposiciones y el objetivo

que la normativa de que se trata pretende alcanzar,⁵⁴ y procurando conferirle una aceptación que pueda responder plenamente al objetivo perseguido por ésta, remitiendo en lo demás al Derecho de los Estados miembros.⁵⁵

con anterioridad a la resolución que atribuyera en su caso la autoridad parental al padre, saliera del territorio después de iniciarse el procedimiento, para eludir este último.

145. En cualquier caso, los Gobiernos del Reino Unido e irlandés han insistido en la vista en la importancia que tiene la posibilidad de reconocer a un órgano jurisdiccional la calidad de institución titular del derecho de custodia en relación con la aplicación tanto del Reglamento n° 2201/2003 como del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores. En efecto, en algunos Estados miembros, como es el caso en Irlanda y en Inglaterra y el País de Gales, los derechos en materia de responsabilidad y de custodia no se confieren automáticamente al padre natural, quien sólo los puede obtener con el consentimiento de la madre o, en su defecto, mediante resolución de los órganos jurisdiccionales competentes. En esas condiciones, sería imprescindible que el órgano jurisdiccional ante el que el padre natural presentara una demanda de reconocimiento de su autoridad parental dispusiera de un derecho de custodia. A falta de este derecho, el órgano jurisdiccional que conociera de la demanda no podría oponerse a que la madre,

146. Al respecto, la Comisión puntualizó en la vista, en respuesta al argumento del Gobierno alemán, que el derecho de custodia así reconocido a los órganos jurisdiccionales en esos Estados miembros tiene fundamento en su legislación y, por tanto, se atribuye por ministerio de la ley, y no sólo a causa de la iniciación del procedimiento antes esos órganos.

147. Por consiguiente, propongo responder a la segunda cuestión del tribunal remitente que el artículo 2, números 7, 9 y 11, y los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede constituir una «institución u organismo» en el sentido de esas disposiciones, al que puede atribuirse un derecho de custodia a efectos de las disposiciones de dicho Reglamento, siempre que la concesión de ese derecho de custodia esté prevista por ministerio de la ley en el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

C — Sobre la tercera cuestión

54 — Véase, en particular, la sentencia A, antes citada (apartado 34).

55 — Véanse, de forma más excepcional, las sentencias de 23 de noviembre de 2006, Comisión/Italia (C-486/04, Rec. p. I-11025), apartado 44; de 5 de julio de 2007, Comisión/Italia (C-255/05, Rec. p. I-5767), apartado 60, y de 6 de noviembre de 2008, Comisión/Alemania (C-247/06), apartado 30.

148. La tercera cuestión del tribunal remitente se refiere a la interpretación de los artículos 10 y 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 y más precisamente a las reglas

aplicables en caso de coexistencia de resoluciones contradictorias dictadas por los órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros, una con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003 y otra con fundamento en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

no puede resolverse, incumbe en tal caso a los órganos jurisdiccionales aplicar el artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 para proteger el interés superior del menor, con observancia de la Carta y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1. Observaciones de las partes en el litigio principal, de los Gobiernos de los Estados miembros interesados y de la Comisión

149. La madre de la menor alega principalmente que, al ser lícito el traslado de la menor, el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 no es aplicable. Sin embargo, puntualiza que debe responderse a la tercera cuestión, párrafo primero, del tribunal remitente en el sentido de que el artículo 10, apartado 1, del Reglamento n° 2201/2003 no sigue siendo aplicable después de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido hayan desestimado una demanda de restitución del menor en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores. En cambio, no propone una respuesta directa a la tercera cuestión, párrafo segundo, del tribunal remitente. Se limita, en efecto, a observar que, debidamente aplicado, el sistema del Reglamento n° 2201/2003 debe permitir evitar todo conflicto, e insiste al respecto en la necesidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros utilicen la Red Judicial Europea, y en la necesidad de una aplicación uniforme de las reglas de litispendencia y de un respeto estricto de las reglas sobre iniciación de los procedimientos del artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003. En cualquier caso, si el problema de competencia

150. El padre de la menor alega que, dado que la primera demanda en materia de responsabilidad parental se presentó ante los órganos jurisdiccionales ingleses, el órgano jurisdiccional francés ante el que la madre presentó una demanda idéntica el 28 de octubre de 2009, conforme al artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003, debería haber suspendido el procedimiento hasta que se determinara la competencia de los órganos jurisdiccionales ingleses. La resolución del órgano jurisdiccional francés de 15 de marzo de 2010 sobre la demanda de restitución de la menor, en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, no permitía sustentar la competencia del órgano jurisdiccional francés.

151. El Gobierno del Reino Unido recuerda que, a tenor del artículo 60, letra e), del Reglamento n° 2201/2003, este último prevalece sobre el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, pero que, conforme al artículo 62 del Reglamento n° 2201/2003, dicho Convenio seguirá surtiendo efectos en las materias no reguladas

por ese Reglamento. Observando que el Reglamento n° 2201/2003 sólo regula de forma limitada la aplicación del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores cuando se presenta una demanda con fundamento en este último, estima que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presentó la primera demanda relativa a la responsabilidad parental, al examinar su competencia en virtud de ese Reglamento, no está vinculado por la resolución de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que se haya pronunciado sobre una demanda fundada en dicho Convenio.

152. El Gobierno alemán, aunque ha destacado en la vista que la tercera cuestión del tribunal remitente no es pertinente para resolver el litigio principal, ya que el traslado de la menor se realizó lícitamente, ha querido, no obstante, exponer su criterio. Subraya al respecto que, si bien el artículo 17 del Reglamento n° 2201/2003 impone a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la obligación de comprobar su competencia con arreglo a dicho Reglamento así como al Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, ninguna disposición establece qué órgano jurisdiccional resuelve en última instancia. Sin embargo, dado que los dos instrumentos se basan en los mismos supuestos y que los Estados miembros están obligados a su cumplimiento y a velar por la uniformidad de sus resoluciones, su imbricación debe permitir evitar cualquier conflicto. No obstante, dado que las reglas procesales y de prueba son diferentes, puede suceder que un órgano jurisdiccional de

un Estado miembro base su competencia en el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003, siendo así que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro haya desestimado anteriormente una demanda de restitución en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

153. El Gobierno francés pone de relieve ante todo que, al no ser aplicable el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003, la tercera cuestión, párrafo primero, del tribunal remitente no es pertinente. En respuesta a la tercera cuestión, párrafo segundo, del tribunal remitente, estima que un órgano jurisdiccional ante el que se presente una demanda basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores no puede resolver un eventual conflicto de competencia entre dos órganos jurisdiccionales que conozcan en virtud del Reglamento n° 2201/2003. Tal conflicto de competencia está regulado, en cambio, por el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003.

154. La Comisión trata de responder a la tercera cuestión recordando las reglas de los artículos 8, 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003. En primer lugar, el órgano jurisdiccional inglés puede declararse competente con fundamento en el artículo 8 de ese Reglamento, si se cumple el requisito de residencia habitual. Entonces, la resolución que dicte con ese fundamento, sea provisional o definitiva, será ejecutiva, conforme a las disposiciones del capítulo III del mismo Reglamento. La presentación de una demanda ante un órgano jurisdiccional da lugar a la aplicación de las disposiciones del artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003, por lo que un órgano jurisdiccional de otro Estado

miembro que conozca de una acción con el mismo objeto y la misma causa deberá suspender el procedimiento.

se presentara una demanda basada en el artículo 11, apartado 8, del Reglamento n° 2201/2003.

155. En segundo lugar, tras precisar que los órganos jurisdiccionales ingleses no están facultados para declararse competentes con fundamento en el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003, considera que la presentación de una demanda ante un órgano jurisdiccional con ese fundamento da lugar igualmente a la aplicación de las disposiciones sobre litispendencia, excepto si se presenta tan sólo una demanda de medidas provisionales conforme al artículo 20 del Reglamento n° 2201/2003.

157. La Comisión deduce de ello que las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de un Estado requerido se limitan a la aplicación del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores y no pueden tener la más mínima repercusión en los criterios generales de competencia previstos en el Reglamento n° 2201/2003.

2. Apreciación

156. En tercer lugar, considera que el artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003 exige diferenciar la competencia del Estado requerido para determinar si debe ordenarse la restitución del menor y la competencia del Estado miembro de origen para revocar dicha decisión. El Estado requerido es competente en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores y no del artículo 11 del Reglamento n° 2201/2003, ya que el órgano jurisdiccional de dicho Estado ante el que se presente la demanda debe ser competente para resolver la cuestión previa de si ha tenido lugar un traslado ilícito o una retención ilícita del menor en el sentido del artículo 3 de ese Convenio. Si ese órgano jurisdiccional llegara a la conclusión de que ello no ha ocurrido, esa resolución no podría vincular al órgano jurisdiccional del Estado de origen ante el que posteriormente

158. Como puede observarse, las respuestas a la tercera cuestión son bastante divergentes. A decir verdad, como la Comisión ha señalado en sus escritos procesales, esa cuestión según la formula el tribunal remitente no corresponde plenamente a la redacción de la doble pregunta que plantea. Es necesaria, por tanto, una aclaración al respecto.

a) Aclaración de la tercera cuestión

159. El tribunal remitente se pregunta, en primer lugar, si el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 sigue siendo aplicable después de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro requerido hayan desestimado una

demanda de restitución del menor en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores por no concurrir los requisitos para la aplicación de los artículos 3 y 5 de ese Convenio.

pero adoptadas ambas con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003.

160. Se pregunta, en segundo lugar, si el órgano jurisdiccional francés que el 15 de marzo de 2010 desestimó la demanda del padre para la restitución de la menor en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, debido a que aquél no disponía del derecho de custodia de la menor en el sentido de los artículos 3 y 5 de dicho Convenio, podía declararse competente con ese fundamento para conocer del litigio relativo a la responsabilidad parental de la menor o si, por el contrario, tenía que reconocer a la High Court of Justice (England & Wales), Family Division, la condición de órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda, conforme al artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003.

b) Conflicto entre una resolución dictada con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003 y una resolución dictada con fundamento en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

162. La situación a la que se refiere este supuesto⁵⁶ es, por una parte, la coexistencia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales ingleses que se han declarado competentes para conocer de un litigio en materia de responsabilidad parental con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003, dentro del ámbito de aplicación de los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003, y, por otra, la resolución francesa que desestimó por infundada la demanda basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, formulada por el padre en el contexto del mismo litigio.

161. Así pues, las dos cuestiones se refieren en sustancia a la aplicación de las reglas de litispendencia del Reglamento n° 2201/2003 en dos situaciones diferentes. En la primera de ellas coexisten dos resoluciones contradictorias de órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, una dictada en virtud del Reglamento n° 2201/2003 y la otra adoptada en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores. En la segunda coexisten dos resoluciones contradictorias de órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes,

163. Me parece que el artículo 11, apartado 8, del Reglamento n° 2201/2003 contiene la respuesta a este interrogante. Esa disposición prevé, en efecto, la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente en virtud del Reglamento n° 2201/2003, adopte una resolución que ordene la restitución del menor con

⁵⁶ — Es la correspondiente a la tercera cuestión, párrafo primero, de la resolución de remisión.

posterioridad a una resolución de no restitución dictada en aplicación del artículo 13 del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores.

c) Conflicto entre las resoluciones dictadas con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003

164. La situación a la que se refiere este supuesto es la coexistencia de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales ingleses de 12 de octubre de 2009 y de 15 de abril de 2010, por una parte, y, por otra, de la resolución del órgano jurisdiccional francés de 23 de junio de 2010, que resolvieron sobre su competencia en virtud del Reglamento n° 2201/2003 para conocer de un mismo litigio en materia de responsabilidad parental, aunque ello fuera con un fundamento diferente.

165. Las disposiciones del Reglamento n° 2201/2003 relativas a la litispendencia, en el presente caso las del artículo 19, apartado 2, del mismo Reglamento, están precisamente destinadas a regular esta clase de situación. Incumbía al órgano jurisdiccional francés suspender el procedimiento hasta que se hubiera determinado la competencia del órgano jurisdiccional inglés ante el que se presentó la primera demanda.⁵⁷

⁵⁷ — Sin perjuicio de las observaciones antes formuladas, puntos 55 y ss. de la presente opinión.

166. Es preciso añadir que la circunstancia de que la resolución del órgano jurisdiccional francés se basara en la resolución anterior de ese mismo órgano que desestimó por infundada la demanda basada en el Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, formulada por el padre, no altera en nada esta apreciación dado que la primera resolución se dictó con fundamento en el Reglamento n° 2201/2003.

d) Conclusión

167. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión del tribunal remitente, en primer lugar, que el Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la facultad de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente en virtud del artículo 10 de dicho Reglamento, para adoptar cualquier medida con vistas a asegurar la restitución del menor, con posterioridad a una resolución de no restitución dictada en aplicación del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, y, en segundo lugar, que el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presente una demanda en materia de responsabilidad parental, con posterioridad a la presentación de una demanda con el mismo objeto y la misma causa ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, tiene que suspender el procedimiento hasta que se determine la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda. La circunstancia de que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda se funde en el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 y la competencia del órgano jurisdiccional

que conoce de la segunda demanda se sustenta en una resolución de no restitución dictada con anterioridad en virtud del Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, motivada por la falta de

conurrencia de los requisitos de los artículos 3 y 5 de dicho Convenio, es irrelevante al respecto, dado que el órgano jurisdiccional que conoce de la segunda demanda es competente en virtud del citado Reglamento.

VII — Conclusión

168. Con apoyo en esas observaciones, y recordando las reservas expuestas sobre la pertinencia de las cuestiones segunda y tercera, propongo al Tribunal de Justicia que responda en los siguientes términos a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division):

- «1) De forma general, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda relativa a la responsabilidad parental respecto de un menor debe pronunciarse expresamente sobre su competencia en virtud del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, tras haber examinado sucesivamente los diferentes fundamentos en los que puede sustentarse esa competencia en virtud de dicho Reglamento

En ese examen le incumbe determinar, en el interés superior del menor, la residencia habitual de éste, apreciando todas las circunstancias de hecho específicas de la situación considerada.

En particular, en circunstancias como las del litigio principal, que se caracteriza, por una parte, por la licitud del traslado de un menor de un Estado miembro en el que tenía su residencia habitual a otro Estado miembro y, por otra, por la inmediata, aunque posterior, iniciación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional en el Estado miembro de la residencia inicial, este órgano debe, más en concreto, tratar de determinar si ese traslado da lugar efectivamente, a corto plazo, a la pérdida de la residencia habitual inicial del menor y a la adquisición de una nueva residencia habitual en el Estado miembro de destino.

Con esa finalidad, el referido órgano jurisdiccional debe tomar en consideración de forma preponderante e identificable la voluntad de la persona titular de la autoridad parental que haya decidido el traslado lícito, teniendo en cuenta, en particular, la edad del menor, y tras haber dado a dicha persona la oportunidad de presentar sus observaciones y de exponer plenamente las razones que motivaron ese traslado.

Incumbe a la persona que refute la adquisición de una nueva residencia habitual en esas circunstancias la carga de aportar medios tendentes a probar que ese traslado no estuvo motivado por la voluntad de establecer una nueva residencia habitual en el Estado miembro de destino.

Por último, si no le es posible determinar la residencia habitual del menor, en ese caso el órgano jurisdiccional nacional deberá declararlo así y pronunciarse, con observancia del principio de proximidad, sobre su propia competencia, basándose en las disposiciones del artículo 13 o del artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003.

- 2) El artículo 2, números 7, 9 y 11, y los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede constituir una “institución u organismo” en el sentido de esas disposiciones, al que puede atribuirse un derecho de custodia a efectos de las disposiciones de dicho Reglamento, siempre que la concesión de ese derecho de custodia esté prevista por ministerio de la ley en el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

- 3) El Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la facultad de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, competente en virtud del artículo 10 de dicho Reglamento, para adoptar cualquier medida con vistas a asegurar la restitución del menor, con posterioridad a una resolución de no restitución dictada en aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

El artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presente una demanda en materia de responsabilidad parental, con posterioridad a la presentación de una demanda con el mismo objeto y la misma causa ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, tiene que suspender el procedimiento hasta que se determine la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda. La circunstancia de que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la primera demanda se funde en el artículo 10 del Reglamento n° 2201/2003 y la competencia del órgano jurisdiccional que conoce de la segunda demanda se sustente en una resolución de no restitución dictada con anterioridad en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, motivada por la falta de concurrencia de los requisitos de los artículos 3 y 5 de dicho Convenio, es irrelevante al respecto, dado que el órgano jurisdiccional que conoce de la segunda demanda es competente en virtud del citado Reglamento.»