

**LA NACIONALIDAD COMO CRITERIO OBJETIVO PARA DISTINGUIR EL
PERIODO DE RESIDENCIA HABITUAL EN EL FORUM ACTORIS
PREVISTO EN EL ART. 3 DEL REGLAMENTO (CE) 2201/2003**

**NATIONALITY AS AN OBJECTIVE CRITERION TO DISTINGUISH THE
PERIOD OF USUAL RESIDENCE IN THE FORUM ACTORIS PROVIDED
FOR IN ART. 3 OF REGULATION (EC) 2201/2003**

Diana Gluhaia

Profesora de Derecho Internacional Privado

Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)

Resumen: El artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 ofrece varios foros de competencia judicial internacional alternativos basándose en el criterio de residencia habitual y en la nacionalidad. En este trabajo analizaremos como el criterio de nacionalidad del demandante influya en el período de residencia exigido para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan conocer de una demanda de divorcio. La posesión de la nacionalidad de un Estado miembro garantiza la existencia de un vínculo real con dicho Estado miembro y es perfectamente legítimo exigirle al demandante un periodo mínimo de residencia habitual en el territorio nacional de seis meses en lugar de un año.

Palabras clave: divorcio, *forum actoris*, residencia habitual del demandante, nacionalidad del demandante.

Abstract: Article 3 of Regulation (EC) 2201/2003 offers several alternative international jurisdiction forums based on the criterion of habitual residence and nationality. In this paper we will analyze how the criterion of the applicant's nationality influences the period of residence required for the courts of a Member State to be able to hear a divorce claim. Possession of the nationality of a Member State guarantees the existence of a real link with said Member State and it is perfectly legitimate to require the applicant a minimum period of habitual residence in the national territory of six months instead of one year.

Key words: divorce, *forum actoris*, habitual residence of the plaintiff, nationality of the plaintiff

Sumario: I. Introducción. II. Novedad jurisprudencial. III. Los hechos controvertidos y las cuestiones planteadas ante el TJUE. IV. Los argumentos del TJUE respecto al principio de no discriminación en la determinación del periodo de residencia habitual del demandante basándose en el criterio de nacionalidad. V. El sistema de foros previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003. 1. Los caracteres de los foros de competencia judicial internacional. 2. Definición de los conceptos de “residencia habitual” y de la

“nacionalidad”. VI. La posición del TJUE respecto al *forum actoris*. 1. Críticas al *Forum actoris* previsto en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

El objeto del presente estudio es el análisis del criterio de nacionalidad como elemento objetivo utilizado por el TJUE para distinguir el periodo de residencia habitual del demandante en el *forum actoris* previsto en el artículo 3, apartado 1, letra a) guiones quinto y sexto del *Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (en adelante, Reglamento (CE) 2201/2003). Dicho estudio tiene su origen en la STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20¹ a través de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), mediante resolución de 29 de septiembre de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de octubre de 2020, en el procedimiento entre OE y VY.

A partir de 1 de agosto de 2022, este Reglamento europeo será desplazado por el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores* (en adelante, Reglamento (UE) 2019/1111). Respecto a los foros de competencia judicial internacional el nuevo Reglamento no trae grandes cambios porque mantiene el criterio de residencia habitual y de nacionalidad para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Por ello, los criterios jurisprudenciales utilizados en esta sentencia son aplicables al nuevo Reglamento.

II. La novedad jurisprudencial

El criterio de residencia habitual en el Derecho de la familia internacional tiene su relevancia, ya que se utiliza tanto en la determinación de la competencia judicial internacional, como de la ley aplicable. Su éxito de aplicación responde al principio de proximidad y de la seguridad jurídica y por ello, lo encontramos en varios Reglamentos europeos (Reglamento (CE) 2201/2003, Reglamento (UE) 2019/1111, Reglamento (CE) 4/2009, etc.), pero también en los Convenios Internacionales.

A falta de una definición del concepto de residencia habitual en el Reglamento (CE) 2201/2003, suscita problemas para su concreción en la práctica. Es muy numerosa la jurisprudencia respecto al concepto de residencia habitual del menor en los asuntos de responsabilidad parental, pero no tanto respecto al concepto de residencia habitual de los cónyuges. Es cierto que el Tribunal de Luxemburgo ha ido aclarando el concepto de residencia habitual en las crisis familiares, pero nunca hasta ahora se ha pronunciado respecto a la determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en función del criterio de nacionalidad para establecer la residencia efectiva del cónyuge demandante al interponer la demanda de divorcio. De esta forma, el TJUE indica claramente que el criterio de nacionalidad del demandante puede interferir en el periodo de residencia efectiva exigido para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan conocer de un divorcio.

¹ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87.

III. Los hechos controvertidos y las cuestiones planteados ante el TJUE

Los hechos son importantes para establecer la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en función del criterio de la residencia habitual siendo un concepto basado principalmente en los hechos, pero en nuestro caso haremos referencia y al criterio de nacionalidad. Los hechos a tener en cuenta en este asunto, son los siguientes:

- a. El 9 de noviembre de 2011, OE de nacionalidad italiana y VY de nacionalidad alemana contrajeron matrimonio en Dublín (Irlanda). En mayo de 2018, OE abandonó la residencia habitual de la pareja, situada en Irlanda y se fue a vivir a Austria donde residía desde agosto de 2019.
- b. El 28 de febrero de 2020, OE interpuso una solicitud de divorcio ante el *Bezirksgericht Döbling* (Tribunal de Distrito de Döbling, Austria). Dato importante a tener en cuenta es que la demanda de divorcio se interpuso tras un periodo de residencia de un poco más de seis meses en Austria.
- c. En sus alegaciones OE sostenía que un nacional de un Estado miembro (en este caso de Italia) distinto del Estado del foro (Austria) puede invocar en base al respecto del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, tras haber residido únicamente seis meses en Austria, inmediatamente antes de presentación de la presentación de la demanda de divorcio, la competencia de los tribunales austriacos en base al art. 3.1, letra a) sexto guion del Reglamento (CE) 2201/2003, lo que equivale a la exclusión del foro previsto en el quinto guion de la misma norma, que exige que el demandante haya residido allí durante al menos 1 año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
- d. Sin embargo, el *Bezirksgericht Döbling* desestimó la demanda de OE mediante la resolución de 20 de abril de 2020, invocando falta de competencia judicial internacional, alegando que la distinción en función de nacionalidad establecida en el art. 3.1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento (CE) 2201/2003 tiene como objetivo evitar que un demandante obtenga en fraude de ley, el reconocimiento de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro.
- e. El demandante interpuso recurso de apelación ante el *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* (Tribunal Regional de lo Civil de Viena, Austria) que confirmó mediante el auto de 29 de junio de 2020 la resolución del Tribunal de Distrito de Döbling, Austria.
- f. Finalmente, OE interpuso recurso de casación contra dicho auto ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria).
- g. El *Oberster Gerichtshof*, pone en relieve que la distinción establecida en el art. 3, apartado 1, letra a) guiones *quinto y sexto*, del Reglamento (CE) 2201/2003, en función al periodo de residencia efectiva del demandante, se basa únicamente en el criterio de nacionalidad.
- h. Además, en el supuesto de que esta diferencia de trato sea contraria al principio de no discriminación, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca de las consecuencias jurídicas que se derivan de ello en este caso.

El desarrollo del Derecho de la UE en cualquier ámbito normativo no puede ser plenamente entendido sin tener en consideración la tarea hermenéutica desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo. El principal problema que se plantea ante el TJUE en el procedimiento es el de la consideración de una posible vulneración del principio de no discriminación consagrado en el art. 18 del TFUE por parte del artículo 3, apartado 1,

letra a) sexto guion del Reglamento (CE) 2201/2003 al exigir para la atribución de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia, una residencia del demandante más breve que el requerido en el mismo artículo, pero en el quinto guion, en función del criterio de nacionalidad del demandante.

Y en caso de que la respuesta fuese afirmativa a la primera cuestión planteada, se plantea si dicha vulneración del principio de no discriminación, según el art. 3, apartado 1, letra a) guion quinto del Reglamento (CE) 2201/2003 respecto de cualquier demandante, sin tener en cuenta su nacionalidad, se requiere un periodo de residencia de 1 año o de seis meses, para poder invocar la competencia de los órganos jurisdiccionales de su lugar de residencia habitual.

IV. Los argumentos del TJUE respecto al principio de no discriminación en la determinación del periodo de residencia habitual del demandante basándose en el criterio de nacionalidad

El principio de no discriminación forma parte de los principios generales fundamentales del Derecho de la UE y está consagrado expresamente en el art. 18 del TFUE que afirma: (...) *se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*².

El principio de igualdad de trato principio de no discriminación implica que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que las situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente². El artículo 18 TFUE prohíbe las diferencias de trato arbitrarias, que implica que dichas diferencias deben de estar justificadas por razones objetivas y que no se basen solamente en el criterio de nacionalidad.

Para valorar si existe una vulneración de este principio, deben apreciarse varios elementos en todo su conjunto que caracterizan cada caso en particular. Como primer elemento, es necesario analizar el objeto y la finalidad del Reglamento (CE) 2201/2003 que ha sido creado con el objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas, y la Comunidad Europea adopta medidas de cooperación judicial en materia civil necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior europeo³. Es un instrumento jurídico único cuyo objetivo es ayudar a las parejas internacionales a resolver litigios por motivos de divorcio y de custodia de los hijos en los que haya más de un país implicado y de esta forma garantizar la movilidad de las personas dentro de la UE.

Otro elemento a tener en cuenta, es la facultad de apreciación del legislador de la Unión y del principio general de igualdad de trato. La jurisprudencia del TJUE ha reconocido al legislador europeo, en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen, una amplia facultad de apreciación cuando su acción implica tomar decisiones de naturaleza política, económica y social, y cuando se ve obligado a realizar apreciaciones y evaluaciones

² Véase en este sentido la jurisprudencia del TJUE: STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Centraal Israëlitisch van België y otros*, C-336/19, ap. 85, ECLI:EU:C:2020:1031; STJUE de 25 de marzo de 2021, *Álvarez y Bejarano y otros/Comisión*, C-517/19 P y C-518/19 P, EU:C:2021:240, aps. 52 y 64; STJCE de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel y otros*, 117/76 y 16/77, EU:C:1977:160, ap. 7; STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, C-127/07, EU:C:2008:728, ap.23;

³ Considerando 1 Reglamento(CE) 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) nº 1347/2000, *Diario Oficial* nº L 338 de 23/12/2003 p. 0001 – 0029.

complejas⁴. La jurisprudencia señala que “*solamente el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida*”⁵.

Por una parte, la jurisprudencia otorga una facultad de apreciación muy amplia al legislador europeo y, por otra parte, limita dicha facultad en “*(...) una elección basada en criterios objetivos y apropiados en relación con la finalidad perseguida por la legislación de que se trate*”⁶. Si analizamos el objetivo de las normas de competencia judicial internacional establecido en el art. 3, apartado 1, letra a) del Reglamento (CE) 2201/2003, el TJUE⁷ en base a los principios mencionados lo deja muy claro que, en este asunto, respecto al demandante OE, que reside habitualmente en el territorio de un Estado miembro distinto del de su nacionalidad y que inicia un procedimiento de divorcio ante los tribunales de dicho Estado miembro, se encuentra en una situación que no es comparable a la de un demandante nacional de este Estado miembro. Además, el TJ declara que no resulta contrario al principio de no discriminación exigir un periodo de residencia más largo al OE en Austria antes de interponer la demanda de divorcio.

El Tribunal manifiesta que la exigencia de estos requisitos adicionales en el caso de *forum actoris* no vulneran el principio de la libre circulación de las personas en la UE y, además, garantizan la seguridad jurídica a los cónyuges, especialmente aquellos casos en los que uno de los cónyuges abandona la residencia habitual de la pareja, y se traslada a otro Estado miembro o regresa a su país de origen.

V. El sistema de foros previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003

El Reglamento (CE) 2201/2003 se aplica a todo procedimiento público civil, sea judicial o no lo sea, relativo a las crisis matrimoniales⁸. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la UE, excepto los de Dinamarca⁹ se pueden declarar competentes a conocer de un asunto sobre el divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, si concurre cualquiera de los foros enumerados en el artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003:

1. La residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. En este caso es irrelevante, si los cónyuges son nacionales de un Estado miembro o de un tercer Estado.
2. El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de presentación de la demanda. Este foro se aplica cuando uno de los cónyuges ha cambiado la residencia habitual a otro país diferente, ya sea el demandante o el demandado.
3. La residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.

⁴ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 21; STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, C-127/07, EU:C:2008:728, ap. 57; STJUE de 30 de enero de 2019, *Planta Tabak*, C-220/17, EU:C:2019:76, ap. 44.

⁵ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 21; STJUE de 6 de junio de 2019, *P.M. y otros*, C-264/18, EU:C:2019:472, ap. 26; STJUE de 14 de diciembre de 2004, *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, ap. 48.

⁶ STJUE de 6 de junio de 2019, *P.M. y otros*, C-264/18, EU:C:2019:472, ap. 27; STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, C-127/07, EU:C:2008:728, ap. 58.

⁷ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 23.

⁸ Considerando 7 del Reglamento (CE) 2201/2003

⁹ SAP de Valencia de 16 de marzo 2004, FD segundo, SAP V 1181/2004; ECLI:ES:APV:2004:1181

4. En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges. En este caso algunos autores hablan del foro de autonomía de voluntad, aunque de una forma muy limitada¹⁰.
5. La residencia habitual del demandante, si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
6. La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión; o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su "domicile".
7. La nacionalidad de ambos cónyuges, o, en el caso del Reino Unido¹¹ y de Irlanda, del "domicile" común.

El artículo 3, apartado 1, letra a), guiones primero a cuarto, del Reglamento (CE) 2201/2003 se refieren expresamente a los criterios de residencia habitual de los cónyuges y de residencia habitual del demandado, tanto el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guion, como el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion, de dicho Reglamento permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris*. Además, esta norma enumera seis foros de competencia judicial internacional en función de la "residencia habitual" como criterio fundamental delimitador de la competencia y un foro basado en el criterio de "nacionalidad". No obstante, el foro de nacionalidad podría ser de mayor amplitud si se atiende a los supuestos de doble nacionalidad¹².

1. Los caracteres de los foros de competencia judicial internacional

Los foros establecidos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 tienen los siguientes caracteres:

1. **Foros puros de competencia judicial internacional**, porque otorgan la competencia judicial internacional, exclusivamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en todo su conjunto. La competencia territorial se hace en base a las normas procesales de cada Estado miembro.
2. **Alternatividad de foros**¹³, eso implicaría que basta con que concurra uno de estos foros para que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro se declare competente.

¹⁰ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea* (Jurisdicción y ley aplicable), Aranzadi, 2013, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 35.

¹¹ Respecto a Reino Unido cabe recordar su salida de la UE con fecha de 1 de febrero de 2020. Se abrió un periodo de transición hasta el 31 de diciembre de 2020 en virtud el cual se aplicó es Reglamento. A partir del 1 de enero de 2021 el Reino Unido es considerado tercer Estado en relación con la aplicación del Derecho europeo.

¹² Véase la STCE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, EU:C:2009:474; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea* (Jurisdicción y ley aplicable), Aranzadi, 2013, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 35.

¹³ Véase, en sentido la jurisprudencia del TJUE y española: STCE de 16 de julio de 2009, *Hadadi*, C-168/08, FD 48; EU:C:2009:474; Auto del TJUE de 3 de octubre 2019, C-759/18, *OF vs, PG*, FD 27, ECLI:EU:C:2019:816; STJUE de 13 de octubre 2016, C-294/15, *Czarneka*, ap. 46, ECLI:EU:C:2016:772; SAP Barcelona de 31 de marzo de 2017 - ROJ: SAP B 10694/2017, ECLI:ES:APB:2017:10694; SAP de Girona de 28 de marzo 2019 Roj: AAP GI 183/2019 - ECLI:ES:APGI:2019:183^a, etc. La doctrina también ha señalado el carácter alternativo de los foros de competencia judicial internacional, por ejemplo, véase E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional, Reglamentos europeos 2201/2003, Reglamento 2019/1111 y 4/2009*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p.

Siendo foros alternativos, permiten al demandante elegir cuál de tales foros desea emplear¹⁴ y además es irrelevante que otros órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros puedan también tener a su favor alguno de los foros de competencia internacional recogidos en el art. 3¹⁵. Dicha alternatividad ha sido criticada por parte de la doctrina¹⁶ a pesar de que en la práctica aumenta las posibilidades del demandante a acudir a la Justicia para interponer la demanda judicial de divorcio. Sin embargo, otros autores consideran que dicha alternatividad de los foros no constituye un ejercicio abusivo del derecho del demandante al escoger el foro, sino, simplemente el uso de las prerrogativas que el ordenamiento aplicable le concede, de acuerdo con el principio de buena fe¹⁷.

3. **Exclusividad y objetividad de los foros:** la jurisprudencia destaca que los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 son objetivos y exclusivos¹⁸ y que responden a la necesidad de que exista una normativa adaptada a las necesidades específicas de los conflictos en materia de disolución del matrimonio¹⁹. La objetividad se caracteriza en que los foros previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 se basan en las circunstancias de los cónyuges (los criterios de nacionalidad y de residencia habitual). Además, la jurisprudencia señala que en el caso de que haya una oposición de alguna de las partes respecto a la competencia judicial internacional, dicha oposición es irrelevante²⁰. La exclusividad consiste en que no pueden aplicarse los foros de producción interna si hay un órgano jurisdiccional de la UE competente para conocer del divorcio,

40; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, ed. Colex 2008, Madrid, págs. 191; M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La nueva regulación del divorcio en la UE. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45, Madrid, pág. 512, <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/36697mercedessabidorodriguezrdce45.pdf>; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2020, p. 481.

¹⁴ AAP Barcelona 25 julio 2011 (divorcio entre cónyuges españoles, pero con residencia habitual en Bolivia), FD tercero, ECLI:ES: APB:2011:4279A

¹⁵ AAP Lleida 30 noviembre 2017 (divorcio y tribunales rumanos), ECLI:ES:APL:2017:740A

¹⁶ M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La nueva regulación del divorcio en la UE. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45, Madrid, pág. 512, <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/36697mercedessabidorodriguezrdce45.pdf>. La autora critica dicha alternatividad, porque aún no existía una unificación en el Derecho aplicable. Es cierto que actualmente está en vigor el Reglamento 1259/2010 que regula la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, pero se aplica solamente a diecisiete Estados miembros que participan en la cooperación reforzada en esta cuestión: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Portugal y Rumanía. Los demás Estados se pueden unir en cualquier momento.

¹⁷ E. TORRALBA MENDIOLA, M. A. PARRA LUCÁN, “La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio. Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)”, BIB 2018\6955, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.106/2018, Editorial Civitas, SA, págs. 453-478.

¹⁸ STJUE de 13 de octubre de 2016, Mikołajczyk, C-294/15, EU:C:2016:772, ap. 40; STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 32; B. ANGEL y H. MUIR WATT, “La desunión europea: le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *Revue Critique de Droit International Privée*, núm. 3, 2001, págs. 403-419, lamentan que el legislador comunitario no haya utilizado otra terminología diferente para evitar confusiones.

¹⁹ STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 32.

²⁰ Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30: (...) *Dado que no es necesaria la aceptación de la parte demandada, no es preciso examinar el extremo de si el hecho de que esta parte no haya propuesto una excepción por falta de competencia constituye una sumisión tácita a la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto*”, ECLI:EU:C:2019:816.

separación judicial o de la nulidad matrimonial: art. 6 del Reglamento (CE) 2201/2003²¹. Además, los foros previstos en la misma norma son obligatorios e improrrogables²².

4. **Desde el ámbito de aplicación material son foros limitados**, porque otorgan la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros solamente a efectos de declarar el divorcio, separación judicial y la nulidad, pero no respecto a otros efectos²³.
5. **Multiplicidad de foros y falta de jerarquía**: El sistema de reparto de competencias instaurado por el Reglamento (CE) 2201/2003 en materia de disolución del vínculo matrimonial ha previsto expresamente la coexistencia de varios órganos jurisdiccionales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía²⁴.

La jurisprudencia destaca que tal interpretación responde a la finalidad perseguida por el Reglamento, que ha establecido normas de competencia flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y para proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común, pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia²⁵. Estamos ante el fenómeno de *forum shopping* que ha sido criticado por la doctrina²⁶. De esta forma, el primero de los cónyuges que interponga la demanda judicial de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, se encuentra en una posición más privilegiada respecto al otro cónyuge, ya que tiene la posibilidad de escoger el órgano jurisdiccional que le convenga mejor.

Además, el sistema de competencia judicial internacional previsto en el artículo 3 no admite la primacía del concepto de residencia en detrimento de la nacionalidad, como tesis invocada por la apelante²⁷.

6. **Preservación de los intereses de los cónyuges en el fórum actoris**: las normas de competencia establecidas en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges. A través de la STJUE de 13 de octubre de 2016 se ha reconocido a terceros la legitimación en casos de nulidad matrimonial. Sin embargo, con finalidad de proteger los intereses de los cónyuges, el

²¹ Los autores consideran que los arts. 6 y 7 están redactadas de una forma confusa en el texto del Reglamento 2201/2003. Véase A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, ed. Colex 2008, Madrid, págs. 190.

²² AAP Barcelona 25 julio 2011 (divorcio entre cónyuges españoles, pero con residencia habitual en Bolivia), FD tercero, ECLI:ES:APB:2011:4279A.

²³ Considerando 8 del Reglamento (CE) 2201/2003

²⁴ STJCE de 16 de julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ap. 49, ECLI:EU:C:2009:474; STJUE de 13 de octubre 2016, C-294/15, *Czarneka*, ap. 47, ECLI:EU:C:2016:772; Recurso de Casación núm. 2015/2013 de la Sentencia 710/2015, de 16 de diciembre (RJ 2015, 6185); ECLI: ECLI:ES:TS:2015:5223 FD tercero); STS (Sala de los Civil, Sección 1 a), sentencia núm. 624/2017 de 21 de noviembre RJ 2017/509, ECLI:ES:TS:2017:4113.

²⁵ Véase, en este sentido, la STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07, EU:C:2007:740, ap. 26; STJUE de 13 de octubre 2016, C-294/15, *Czarneka*, ap. 49-50, ECLI:EU:C:2016:772; STJUE de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, EU:C:2016:772, aps. 49 y 50; STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 35; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 (divorcio entre cónyuges rusos) ECLI:ES:APB:2018:4574A

²⁶ A.L. CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, págs. 277-279.

²⁷ SAP de Vigo de 21 de febrero de 2022, FD segundo, Roj: AAP PO 249/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:249A

concepto de «demandante», a efectos del artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento (CE) 2201/2003, no incluye a personas distintas a los cónyuges²⁸.

7. **Controlables de oficio**, y en este sentido, procede recordar que para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento (CE) 2201/2003 y conforme al principio de la confianza mutua en el que se basa, corresponde a cada órgano jurisdiccional, con arreglo al artículo 17²⁹ de este Reglamento, verificar su competencia³⁰.
8. **Operan de modo independiente de la voluntad de las partes**: Esta norma no requiere que exista un acuerdo entre las partes sobre el tribunal al que se somete el asunto³¹. No hay foro de sumisión en esta materia, dicha falta ha sido criticada³².

En definitiva, los foros de competencia judicial internacional previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 giran en torno a la nacionalidad y/o residencia habitual de los cónyuges. A falta de definición, de los conceptos de “residencia habitual” y “nacionalidad” o de una remisión expresa a la legislación de los Estados miembros para concretar estos conceptos, es menester realizar una interpretación autónoma y uniforme en todos los Estados miembros y, teniendo en cuenta no solamente su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que son parte³³.

9. **La operatividad de estos foros coincide con el momento de la interposición de la demanda**³⁴. Son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que van a apreciar la circunstancia recogida en cada uno de los foros enumerados en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 para declararse competentes.

2. Definición de los conceptos de “residencia habitual” y de la “nacionalidad”

Antes de examinar cada uno de estos conceptos, cabe señalar que son nociones distintas³⁵ y que han sido objeto de interpretación del TJUE con más o menos intensidad. Bien es cierto que la residencia habitual ha suscitado más dudas en la práctica, que la nacionalidad.

Para un mejor funcionamiento de la administración de justicia y para garantizar la seguridad jurídica de los cónyuges, debe existir un cierto grado de proximidad entre los

²⁸ STJUE de 13 de octubre 2016, C-294/15, *Mikołajczyk vs Czarneka*, ap. 52, ECLI:EU:C:2016:772.

²⁹ Art. 17 del Reglamento (CE) 2201/2003 prevé que: “*El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente*”.

³⁰ STJUE 15 de julio de 2010, *Purrucker*, C-256/09, EU:C:2010:437, ap. 73; STJUE de 12 de noviembre de 2014, *L*, C-656/13, EU:C:2014:2364, ap. 58; STJUE de 15 de febrero de 2017, *W y V*, C-499/15, EU:C:2017:118, ap. 54; STJUE de 16 de enero de 2019, *Liberato*, C-386/17, EU:C:2019:24, ap. 44; STJUE de 29 de noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind*, ap. 19-20, ECLI:EU:C:2007:740;

³¹ Auto del TJUE de 3 de octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 33, ECLI:EU:C:2019:816

³² I. ANTÓN JUÁREZ, “Residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *IB c. FA*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2022, vol. 14, N. 1, pág. 589.

³³ Véase, por analogía, en lo que respecta a la residencia habitual del menor, la sentencia de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, EU:C:2018:513, ap. 40 y jurisprudencia citada; STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 39.

³⁴ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea* (Jurisdicción y ley aplicable), Aranzadi, 2013, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 174-175.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentada el 8 de julio de 2021, Asunto C-289/20, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, ap. 92.

órganos jurisdiccionales que conocen del asunto y el litigio de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, por ello los criterios de nacionalidad y de residencia habitual son considerados vínculos suficientes para garantizar dicha proximidad.

El concepto de “residencia habitual” empezó a utilizarse tras la segunda guerra mundial, por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Dicho concepto surgió para superar la rivalidad existente entre los puntos de conexión de “domicilio” (apoyado por los países escandinavos y anglosajones y entendido como “*legal headquarters*”) y “nacionalidad” (sostenido por los países latino-germánicos)³⁶.

La residencia habitual constituye el eje vertebrador del sistema competencial previsto en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003. Ni los Reglamentos 2201/2003, 2019/1111, ni el TJUE ofrecen una definición de “residencia habitual de los cónyuges propiamente dicha. Tampoco, los convenios internacionales elaborados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado definen el concepto de “residencia habitual”. Esta tradicional “falta de definición”, ha sido argumentada por la doctrina francesa, por ejemplo, la profesora E. BONIFAY alude a que el criterio de residencia habitual fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el “domicilio”³⁷, pero P. LAGARDE apunta que las diferencias entre el concepto continental de “domicilio” con el concepto anglosajón del mismo son muy acentuados³⁸. En España, el autor R. SÁNCHEZ ARISTI señala sobre la disparidad de definiciones del concepto de “domicilio” que varía de un país a otro³⁹ y la profesora I. ANTÓN JUÁREZ manifiesta que la falta de definición expresa de “residencia habitual” no constituye un aspecto negativo, sino que va en sintonía con la sociedad europea actual⁴⁰. Parece que el legislador europeo no quiere definir este concepto y deja una gran libertad de apreciación a los jueces para determinar la residencia habitual de los cónyuges, que será determinado caso por caso.

Incluir la nacionalidad como foro de competencia judicial internacional en el artículo 3, apartado 1, letra b) implica mantener un criterio tradicionalmente utilizado en esta materia. De esta forma se atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges, o, en el caso del Reino Unido⁴¹ y de Irlanda, del “domicile” común. El TJUE⁴² al interpretar el foro de nacionalidad común de los cónyuges en casos de nacionalidad múltiple, ha partido de la inexistencia de un concepto jurídico autónomo de “nacionalidad” en el ámbito europeo.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo, 2016, Vol. 8, Nº 1, pág. 64.

³⁷ E. BONIFAY, “Nota a CA Aix-en-Provence 1^{re} ch., sect B 6 marzo 2014 (último domicilio del causante)”, *JDI Clunet*, 2014, pp. 842-857.

³⁸ P. LAGARDE, “Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1686-1708.

³⁹ R. SÁNCHEZ ARISTI, “El Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, n. 42, 2016, pp. 95-103.

⁴⁰ I. ANTÓN JUÁREZ, “Residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, IB c FA, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2022, vol. 14, N. 1, pág. 586.

⁴¹ Art. 67.1 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁴² STJCE de 16 de julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474.

Para definir el concepto de residencia habitual, la jurisprudencia del TJUE ha señalado varios criterios para su determinación que son distintos de los criterios utilizados para determinar la nacionalidad. En primer lugar, para definir el concepto de residencia habitual habrá que tener en cuenta dos elementos: el objetivo o el subjetivo. El elemento objetivo está relacionado con la presencia física en un lugar elegido que debe ser estable y permanente y, por otra parte, el elemento subjetivo está relacionado con la voluntad del demandante de querer fijar su centro habitual de intereses en un lugar concreto⁴³. La mayoría de la doctrina declara que el concepto de “residencia habitual” es un concepto más fáctico que jurídico⁴⁴. Siendo (...) *un componente fáctico importante, la valoración de esos hechos a efectos de determinar si tienen relevancia para integrar el concepto jurídico de residencia habitual es netamente una cuestión jurídica*”⁴⁵.

En resumen, podemos mencionar, que por residencia habitual del cónyuge debe entenderse el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses y para su determinación habrá que tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos. Es un punto de conexión más cercano a los intereses y a la vida de las personas en el momento en el que surge la situación de conflicto⁴⁶. Por lo cual, lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona. Además, el concepto de residencia habitual del Reglamento no resulta identificable con la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno español⁴⁷. A diferencia de “residencia habitual”, la nacionalidad es un concepto jurídico-político⁴⁸. Es el mismo Estado miembro que marca el criterio de la nacionalidad al determinar los requisitos necesarios para adquisición de la nacionalidad por opción, por residencia, etc.

En segundo lugar, el concepto de “residencia habitual” requiere la presencia de un elemento cuantitativo relacionado con un periodo mínimo de tiempo exigido, y de un elemento cualitativo que dicha residencia sea estable y efectiva en un lugar concreto. La expresión de “residencia” está acompañada por el adjetivo “habitual”. El TJUE el término “habitual” como una cierta estabilidad o regularidad de la residencia⁴⁹.

Como criterio diferenciador, señalamos que la condición de una nacionalidad efectiva no está exigida por el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003, sin embargo, sí que lo está respecto a la residencia habitual⁵⁰. El punto de conexión de nacionalidad, según el Tribunal es “unívoco y de fácil aplicación”, pero la “nacionalidad efectiva” implicaría tener en cuenta todas las circunstancias, sin certeza acerca de un resultado claro⁵¹.

⁴³ STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 57.

⁴⁴ SAP de Tarragona (Sección 1ª), Sentencia núm. 166/2015 de 10 abril. JUR 2015\158337, ECLI: ECLI:ES: APT:2015:440.

⁴⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 624/2017 de 21 noviembre. RJ 2017\5094; ECLI: ECLI:ES:TS:2017:4113, FD tercero.

⁴⁶ L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y transcendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en el *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Directoras. M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, Tirant LO Blanch, Valencia, 2018, p. 959.

⁴⁷ SAP de Lleida de 27 septiembre de 2018, FD tercero, Roj: AAP L 476/2018 -ECLI:ES:APL:2018:476A

⁴⁸ J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 40, nota 96.

⁴⁹ STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 41.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentada el 8 de julio de 2021, Asunto C-289/20, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, ap. 92.

⁵¹ STJCE de 16 de julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ap. 49, ECLI:EU:C:2009:474, ap. 51 y 55.

En tercer lugar, tal y como ha declarado la jurisprudencia⁵², el Reglamento (CE) 2201/2003 solamente, admite una residencia habitual del cónyuge para determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales. Varias residencias habituales simultáneas de una misma persona “podría romper, *de facto*, el equilibrio entre las partes, ampliando las ocasiones de acudir al *forum actoris*”⁵³, lo que dificultaría la identificación del órgano jurisdiccional competente y afectaría a la certeza legal. Además, se añadiría un factor a mayores de complejidad a la hora de determinar entre varias residencias del cónyuge, cuál de ellas es la más relevante en el asunto⁵⁴.

El Reglamento (CE) 2201/2003 se refiere: “(...) a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de “la residencia habitual” de uno u otro de los cónyuges o del menor, según el caso, empleando sistemáticamente el singular, sin considerar que una misma persona pueda tener simultáneamente varias residencias habituales o una residencia habitual en una pluralidad de lugares. A este respecto, el legislador de la Unión ha precisado, además, en el artículo 66, letra a), del mismo Reglamento, que, por lo que se refiere a un Estado miembro en el que se apliquen en entidades territoriales diferentes dos o más ordenamientos jurídicos relativos a las cuestiones reguladas por dicho Reglamento, “toda referencia a la residencia habitual en ese Estado miembro se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial”⁵⁵. Eso implica que el cónyuge demandante solamente puede ostentar una única residencia habitual al interponer la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial.

Todo lo contrario, respecto al criterio de doble nacionalidad que ha sido objeto de interpretación del TJUE en el Asunto *Laszlo Hadadi contra Csilla Marta Mesko*⁵⁶. En este caso, se trataba de determinar si, dado que el Reglamento (CE) 2201/2003 no regula los supuestos de doble nacionalidad común, su artículo 3, apartado 1 debía interpretarse de distinto modo cuando los dos cónyuges tienen dos nacionalidades comunes y cuando sólo tienen una misma nacionalidad. El TJUE⁵⁷ declaró que el criterio de nacionalidad exigido en el artículo 3, apartado 1, letra b) no requiere que solamente pueda tomarse en cuenta la nacionalidad “efectiva”, lo que podría restringir la facultad de las personas de elegir los órganos jurisdiccionales competentes, a la hora de ejercer la libre circulación de las personas. Además, cuando los interesados poseen varias nacionalidades pueden ser competentes los tribunales de varios Estados miembros, sin que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Los cónyuges pueden escoger cualquiera de los foros previstos en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003.

En cuarto lugar, cabe señalar que ni el Reglamento (CE) 2201/2003, ni el Reglamento (UE) 2019/111 han previsto soluciones para los casos de imposibilidad de precisar la residencia habitual de un cónyuge, todo lo contrario, respecto a falta de determinación de residencia habitual del menor. Compartimos, la idea del Abogado General, CAMPOS

⁵² STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 51.

⁵³ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentada el 8 de julio de 2021, Asunto C-289/20, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, ap. 82.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁵⁵ STJUE 25 de noviembre 2021, C-289/20, *IB c. FA*, ECLI: EU:C:2021:995, ap. 40.

⁵⁶ STJCE de 16 de julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, ECLI:EU:C:2009:474

⁵⁷ STJCE de 16 de julio 2009, C-168/08, *Hadadi*, apartados 49 a 52, ECLI:EU:C:2009:474

SÁNCHEZ-BORDONA⁵⁸ que, considera que dicho *silencio* no es casual. El Abogado destaca que dicho silencio podría ser analizado en dos sentidos. El sentido positivo, que descarta que haya personas cuya residencia habitual no pueda verificarse (aunque sea con dificultades de prueba) y en sentido negativo, que a un adulto no se le reconocen dos o más residencias habituales en distintos Estados miembros, a efectos del artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003. La nacionalidad de los cónyuges se puede acreditar mediante las inscripciones registrales adjuntadas con la demanda judicial⁵⁹.

En quinto lugar, el foro *actoris* basado en la residencia habitual, requiere el cumplimiento de unos requisitos adicionales, a diferencia del foro previsto en el artículo 3, letra b) del Reglamento (CE) 2201/2003 de la nacionalidad común de los ambos que no requiere dicho cumplimiento⁶⁰.

Por último, señalamos que, la residencia habitual del demandante no influye en la determinación del foro de competencia por nacionalidad, sin embargo, la nacionalidad sí que es un elemento objetivo para diferenciar el periodo de residencia habitual efectiva del demandante en el *forum actoris*.

VI. La posición del TJUE respecto al *forum actoris*

El TJUE⁶¹ ha declarado que el artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 establece unos criterios generales para determinar la competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Dichos criterios son objetivos, alternativos y exclusivos responden a la exigencia de que exista una normativa adaptada a las necesidades específicas de los conflictos en materia de disolución del matrimonio⁶².

El artículo 3, apartado 1, letra a) guion quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 permite la aplicación de la norma de competencia *forum actoris*. Dicha norma en el guion quinto recoge la competencia si el demandante ha residido allí al menos un año inmediatamente antes de presentación de la demanda, mientras que el artículo 3, apartado 1, letra a), sexto guion, establece igualmente dicha competencia en caso de que el demandante haya residido allí al menos seis meses anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión⁶³.

Siendo un foro de ataque, se requiere el cumplimiento de unos requisitos para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante puedan conocer de un litigio que surge de una crisis matrimonial:

1. El abandono por parte del cónyuge demandante de la residencia habitual común.
2. El demandante ha manifestado su deseo de cambiar la residencia habitual en otro Estado miembro

⁵⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentada el 8 de julio de 2021, Asunto C-289/20, *IB contra FA*, ECLI:EU:C:2021:561, ap. 95 y 96.

⁵⁹ SAP de Vigo de 21 de febrero de 2022, FD segundo, Roj: AAP PO 249/2022 - ECLI:ES:APPO:2022:249^a.

⁶⁰ STJUE de 3 de octubre de 2019, Asunto C-759/18. OF vs. PG, ECLI:EU:C:2019:816

⁶¹ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 25;

⁶² STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, ap. 32 y la jurisprudencia citada.

⁶³ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 28; STJUE de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, EU:C:2016:772, ap. 42.

3. El demandante ha demostrado que la residencia habitual es estable y efectiva en este nuevo Estado miembro.
4. El legislador europeo ha establecido un requisito adicional basado en el periodo de residencia efectiva distinto para cada caso, según se trate de un traslado del cónyuge a otro Estado miembro o el regreso al país de origen.

Vamos a analizar los argumentos del Tribunal respecto a la aplicación del foro del demandante. En primer lugar, el TJUE invoca que el art. 3 apartado 1, letra a) guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 tiene como finalidad de garantizar el equilibrio, entre el principio de movilidad de las personas dentro de la UE, en particular se protege el derecho del cónyuge, que, a raíz de una crisis matrimonial, haya abandonado el Estado miembro de residencia común, como es el nuestro caso, y, por otra parte, el principio de seguridad jurídica, especialmente la del otro cónyuge, garantizando que exista un vínculo real entre el demandante y el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del divorcio⁶⁴.

Respecto al artículo 3, apartado 1, letra a) del Reglamento (CE) 2201/2003, la jurisprudencia ha subrayado la necesidad de garantizar la convivencia de estos tres principios: la seguridad jurídica, el acceso a las personas a la justicia para solicitar el divorcio⁶⁵ y contribuir a la libre circulación de las personas en el marco de la UE.

Dicho argumento está correctamente razonado, porque en este supuesto, al cónyuge OE se le garantiza su movilidad en el marco de la UE, su acceso a la justicia en Austria, pero siempre y cuando se cumplen con los requisitos establecidos *el foro actoris*.

El segundo argumento del TJUE⁶⁶, consiste en que los criterios atributivos de competencia en el Reglamento (CE) 2201/2003 se basan fundamentalmente en el principio que debe existir un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia⁶⁷. La presencia de unos vínculos profundos con el territorio de uno de los Estados miembros atribuye la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro a los nacionales de terceros Estados, a los nacionales de los Estados miembros, etc.

El TJUE nos ha facilitado varios criterios para definir la residencia habitual. Dichos criterios se utilizan por el Tribunal Supremo español⁶⁸ que nos remite a otros Tribunales Supremos nacionales europeos al concretar la residencia habitual del Reglamento (CE) 2201/2003 han declarado que: (...) *atiende al lugar en el que el interesado ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y,*

⁶⁴ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 29; STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, ap. 35, 44 y 56; STJUE de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, EU:C:2016:772, ap. 33, 49 y 50.

⁶⁵ STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, apartado 31 y jurisprudencia citada.

⁶⁶ STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, apartado 30.

⁶⁷ STJCE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, C-68/07 (TJCE 2007, 345), EU:C:2007:740, apartado 26.

⁶⁸ TS define el concepto de residencia habitual, como: “*el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia*”, véase en este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 624/2017 de 21 noviembre. RJ 2017\5094; ECLI: ECLI:ES:TS:2017:4113.

*eventualmente profesional, de la persona*⁶⁹. Además, la residencia habitual a la que hace referencia el Reglamento no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar⁷⁰. La residencia habitual implica en exclusiva la exigencia de un vínculo real en el demandante, que es el que viene dado por el lugar de residencia⁷¹ y no una mera estancia en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen de la demanda de divorcio. Por lo cual, respecto a los criterios de definir este concepto no hay dudas.

La doctrina⁷² señala que cuando el demandante quiere litigar mediante el *forum actoris* debe preocuparse de dos cosas:

- a) Demostrar que su centro social de vida ya no se encuentra en el lugar de la residencia habitual común
- b) Probar vínculos sólidos con el país donde ha interpuesto la demanda judicial que permitan demostrar que ese es su centro social de vida.

Para evitar una falsa vinculación con los órganos jurisdiccionales europeos, el artículo 3, apartado 1, letra a) guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 requiere el cumplimiento de un determinado periodo de residencia para crear esta conexión razonable y real.

Desde el punto de vista objetivo, el TJUE considera que existe un vínculo real entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro y el demandante, nacional de este Estado miembro, que debido a una crisis matrimonial abandona su residencia habitual común y decide regresar a su país de origen. Para argumentar la existencia de dicho un vínculo, el Tribunal⁷³ se basa en los siguientes criterios:

- La misma nacionalidad del cónyuge demandante con la del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen de la demanda de divorcio
- La existencia de vínculos institucionales y jurídicos entre el cónyuge demandante y el Estado miembro
- La presencia de vínculos culturales, lingüísticos, sociales, familiares o patrimoniales

Cabe destacar la opinión de la gran maestra BORRÁS, en su Informe⁷⁴ señala que la nacionalidad “demuestra la existencia de un primer vínculo con dicho Estado miembro”.

El tercer argumento del Tribunal, es esclarecer que son dos situaciones distintas y no comparables⁷⁵ las situaciones de abandono de residencia habitual común de los cónyuges y el regreso del cónyuge demandante a su país de origen y el traslado del cónyuge

⁶⁹ Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 3680; Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328.

⁷⁰ Cour de cassation française, Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951.

⁷¹ SAP de Valladolid (Sección 1ª). Auto núm. 82/2007 de 10 abril. JUR 2007\262864

⁷² I. ANTÓN JUÁREZ, “Residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, IB c FA, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2022, vol. 14, N. 1, pág. 588.

⁷³ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 31;

⁷⁴ A. BORRÁS, Informe explicativo del Convenio sobre la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial, denominado “Convenio de Bruselas II” (DO 1988, C 221, p.1), punto 32 que inspiró el actual texto del Reglamento 2201/2003.

⁷⁵ STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, apartado 31

demandante a otro Estado miembro del que no es nacional por varios motivos, tales como laborales, nueva pareja, etc.

El Tribunal destaca que la intensidad del vínculo real no es la misma en ambas situaciones, porque en este caso, OE nunca ha mantenido antes del matrimonio vínculos análogos a los de un nacional austriaco. En este caso el demandante ha dejado la residencia habitual común de los cónyuges en Irlanda y ha trasladado su residencia habitual a otro Estado miembro lo que puede reflejar su voluntad de fijar en Austria su residencia habitual con carácter estable, de fijar su centro permanente o habitual de sus intereses⁷⁶. Por ello, en caso de traslado se acuden a otros criterios, como es la exigencia de un periodo de residencia suficiente, este es de 1 año como mínimo, del demandante en el territorio de dicho Estado miembro, inmediatamente antes de la presentación de la demanda. Sin duda es un razonamiento muy lógico por parte del Tribunal, ya que OE carece de esta vinculación real con Austria y por ello se le requiere acreditar un periodo de residencia más largo en este país.

El cuarto argumento del Tribunal es la existencia de un elemento objetivo⁷⁷ que es la nacionalidad del cónyuge demandante, y que es un dato conocido por el cónyuge demandado. Este elemento objetivo diferencia el periodo mínimo de residencia efectiva del demandante en el territorio del Estado miembro cuyos tribunales ejercen dicha competencia, inmediatamente antes de la presentación de la demanda de divorcio, en función de si el demandante es nacional o no de este Estado miembro.

Nos parece muy acertada la posición del Tribunal, al manifestar que en una crisis matrimonial en la que uno de los cónyuges abandona la residencia habitual de la pareja y regresa a su país de origen, el territorio del Estado miembro de que es nacional para fijar su nueva residencia habitual, es sin duda un foro previsible⁷⁸. No es una sorpresa para el cónyuge demandado, se puede esperar que la demanda de divorcio se presente ante los tribunales de este Estado miembro. El vínculo institucional y jurídico que supone la nacionalidad del cónyuge demandante respecto al Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales conocen del divorcio implica una seguridad jurídica del cónyuge demandado, aunque en parte.

Como quinto argumento del Tribunal, es aquel que señala que el criterio objetivo basado en la nacionalidad del demandante, previsto en el art. 3, apartado 1, letra a) sexto guion del Reglamento (CE) 2201/2003 “(...) *no puede cuestionarse sin poner en entredicho el margen de apreciación del legislador de la UE que preside la adopción de este criterio*”. La jurisprudencia señala que el criterio de nacionalidad del demandante, aun cuando, en situaciones marginales, el establecimiento de una normativa general y abstracta puede ocasionar inconvenientes puntuales, no puede reprocharse al legislador europeo haber realizado una categorización, una distinción como es en el nuestro caso, siempre que dicha diferencia no sea esencialmente discriminatoria con la finalidad perseguida⁷⁹.

De esta forma, el TJUE argumenta que en este caso no podemos reprochar al legislador europeo la redacción de la norma, y que a la hora de aplicar la norma de competencia *forum actoris*, el criterio de nacionalidad del demandante sea un elemento objetivo para

⁷⁶Véase, en este sentido, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, apartados 44 y 51

⁷⁷ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 34.

⁷⁸ STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, C-289/20, EU:C:2021:955, apartado 35.

⁷⁹ STJUE de 10 de febrero de 2022, Asunto C-522/20, *OE vs. VY*, ECLI:EU:C:2022:87, ap. 38 y 39; las STJUE de 16 de octubre de 1980, *Hochstrass*/Tribunal de Justicia, 147/79, EU:C:1980:238, ap. 14 STJUE de 15 de abril de 2010, *Gualtieri/Comisión*, C-485/08 P, EU:C:2010:188, ap. 81

determinar el vínculo real con el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales puedan pronunciarse sobre el divorcio de esta pareja, supeditando la admisibilidad de la demanda de divorcio del demandante nacional de este Estado miembro al cumplimiento de un periodo de residencia más breve que el que se exige a un demandante que no sea nacional de dicho Estado miembro.

Y como último argumento, el TJUE apoya la distinción realizada por el legislador de la UE en el art. 3 apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003, fundamentando su razón en la presunción de que un nacional de un Estado miembro mantiene vínculos manifiestamente más estrechos con su país de origen que una persona que no sea nacional de dicho Estado. Este argumento fundamentado en el principio de proximidad es más evidente en el primer caso, que en el segundo.

En definitiva, el Tribunal basándose en sus argumentos ha esclarecido que el criterio de nacionalidad del demandante previsto en el art. 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 no constituye una diferencia de trato por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 18 del TFUE.

1. Críticas al *Forum actoris* previsto en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003

El artículo 3, apartado 1, letra a) guion quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 permite la aplicación de la norma de competencia *forum actoris*. En general, parte de la doctrina ha sido muy crítica con el *forum actoris*⁸⁰, argumentando que este foro puede ser provocado fácilmente por las partes. Especialmente, se invoca que el sujeto con más poder económico tiene más facilidades de crear un vínculo mediante la “residencia habitual” con un Estado miembro y provocar la competencia de sus tribunales. El foro implica varios problemas en la práctica, tal y como podemos deducir tras analizar la jurisprudencia nacional⁸¹.

Para que se aplique este foro, el Reglamento (CE) 2201/2003 requiere el cumplimiento de unos requisitos para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual del demandante puedan conocer de un litigio que surge de una crisis matrimonial. Recordamos en el mismo sentido el Informe BORRÁS⁸² que ha servido de inspiración del actual Reglamento (CE) 2201/2003 que nos hablaba del *forum actoris* como un foro excepcional, pero reforzado con otros elementos.

⁸⁰ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, ed. Colex 2008, Madrid, págs. 194; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, págs. 287-288.

⁸¹ (aplicación muy dudosa) en la SAP de La Coruña de 8 de marzo de 2006, Roj: SAP C 283/2006 - ECLI:ES:APC:2006:28; SAP Barcelona de 18 diciembre de 2013 (divorcio entre los cónyuges de nacionalidad búlgara) Roj: SAP B 14651/2013 - ECLI:ES:APB:2013:14651; SAP de Guadalajara 20 septiembre de 2011 (divorcio entre la demandante angoleña con residencia habitual en España y demandado brasileño con residencia habitual en Brasil), Roj: AAP GU 300/2011 - ECLI:ES:APGU:2011:300A

⁸² Informe Borrás, relativo al Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental DO C221, de 16 de julio de 1998. En el punto ap. 32 la profesora BORRAS señala que: (...) *se admite, de forma excepcional, el forum actoris, sobre la base de la residencia habitual pero reforzada con otros elementos. Es así como en el quinto guion se admite la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandante si ha residido en ese Estado por lo menos durante un año. No encontrando algunos Estados suficiente la norma formulada en estos términos y teniendo en cuenta la frecuencia con que la nueva residencia del cónyuge se establece en el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que el término tiene en el Reino Unido y en Irlanda, se incluyó en el sexto guion la posibilidad de que entiendan del asunto matrimonial los órganos jurisdiccionales del*

El foro de residencia habitual del demandante unido a su nacionalidad ha sido criticado por la doctrina⁸³ como un exponente de la discriminación prohibida el art. 18 TFUE. Dicha diversidad de tratamiento a favor de los propios nacionales que introduce este foro de competencia judicial internacional como resultado de la variabilidad del periodo exigido como residencia habitual antes de interponer la demanda judicial, en caso de que éste haya abandonado la residencia habitual de la pareja.

En el *foro actoris* es relevante la existencia de un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia. La mera estancia del sujeto en un Estado miembro no constituye residencia habitual a los efectos del Reglamento (CE) 2201/2003⁸⁴. La crítica está relacionada con la acreditación de la residencia habitual en España, ya que se recurre lo más frecuente al volante de empadronamiento⁸⁵ lo que es un dato insuficiente para acreditar la existencia de un vínculo real con los tribunales que conocen del proceso. Consideramos que los órganos jurisdiccionales deben a tomar en cuenta varios datos para determinar la residencia habitual del demandante y no solamente los certificados del padrón municipal, tales como un contrato de trabajo en España⁸⁶, la solicitud de adquisición de la nacionalidad española, documentación médica⁸⁷, etc.

Siendo la residencia habitual un concepto flexible y fáctico, para su prueba los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta cada caso en particular y no es posible concretar en una lista tasada todas las circunstancias a analizar⁸⁸. Sin embargo, proponemos que los tribunales tengan en cuenta varios datos para determinar la residencia habitual del demandante.

El *fórum actoris* establecido en el artículo 3, apartado 1, letra a) guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 se considera como un foro que puede operar como exorbitante y ser contrario al art. 24 de la Constitución Española y art. 6 del CEDH de

Estado de la residencia habitual del demandante si ésta ha durado al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda, siempre que dicho Estado sea, además, o bien el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que tiene en el Reino Unido y en Irlanda. Esta última disposición fue introducida como consecuencia del compromiso político adoptado en diciembre de 1997, ante la comunicación formal de algunos Estados de que la aceptación de este foro constituía un elemento indispensable de capital importancia en el marco de una solución transaccional global”.

⁸³ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea* (Jurisdicción y ley aplicable), Aranzadi, 2013, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 179; M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad”, *La ley*, 2001, D-131, pp. 1582 y ss.

⁸⁴ SAP de Murcia de 8 noviembre 1999, FD tercero, Roj: SAP MU 2991/1999 - ECLI:ES:APMU:1999:2991

⁸⁵ SAP de Guadalajara 20 septiembre de 2011 (divorcio entre la demandante angoleña con residencia habitual en España y demandado brasileño con residencia habitual en Brasil), FD. Segundo, Roj: AAP GU 300/2011 - ECLI:ES:APGU:2011:300A

⁸⁶ SAP de Barcelona 5 septiembre 2018 (divorcio entre cónyuges rusos) ECLI:ES:APB:2018:4574^a. En esta sentencia la demandante ha acreditado su residencia en España desde 2013, en donde está empadronada y donde trabaja.

⁸⁷ SAP de Lleida de 27 septiembre de 2018, Roj: AAP L 476/2018 - ECLI:ES:APL:2018:476A (en esta sentencia, en el FD tercero se declara que: la demandante tenía nacionalidad española, al igual que su esposo, por lo se declararon competentes los Tribunales españoles en aplicación del art. 3.1 b). Además, mediante la aportación a la demanda de la documentación médica de la demandante que acredita que fue atendida con regularidad (...) también cumplía el sexto supuesto contemplado en el art. 3.1 a), consistente en tener la residencia habitual en España durante los seis meses inmediatamente anteriores a interponer la demanda conforme a la doctrina del TJUE y del TS expuesta, además de reunir el requisito de ser nacional española.

⁸⁸ I. ANTÓN JUÁREZ, “Residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, IB c FA, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2022, vol. 14, N. 1, pág. 588.

1950⁸⁹. Dicha crítica ha sido objeto de debate en la sentencia núm. 624/2017 de 21 noviembre en la que el TS declaró que la alegación invocada por la demandante haciendo referencia a la crítica doctrinal no es suficiente para que el foro de demandante sea convertido en foro exorbitante y que vulnere el art. 24 de la CE⁹⁰.

VII. Reflexiones finales:

La flexibilidad del sistema de competencia judicial internacional previsto en el art. 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 garantiza la movilidad de las personas y los derechos de los cónyuges que abandonan la residencia habitual común de la pareja y regresan a su país de origen o trasladan su residencia habitual a otro Estado miembro.

Para definir los conceptos de “residencia habitual” y de “nacionalidad” tenemos que prescindir de las calificaciones nacionales y garantizar una interpretación autónoma e uniforme para todos los Estados miembros partes en el Reglamento (CE) 2201/2003. Los criterios facilitados por el TJUE para definir estos conceptos son necesarios para asegurar una seguridad jurídica.

Sin duda, el criterio de residencia habitual responde a las nuevas exigencias de la sociedad actual, teniendo en cuenta la movilidad de las personas y además, conduce a los órganos jurisdiccionales realmente conectados con el asunto. Sin embargo, la falta de definición o la falta de uniformidad de los criterios para su determinación pueden provocar problemas en la práctica. Está claro que el legislador europeo deja a los órganos jurisdiccionales una notable libertad de apreciación de los criterios para determinar la “residencia habitual”, pero el uso de estos criterios debe ser razonable según cada caso. Además, habrá situaciones que pueden aparentar como residencia habitual del cónyuge, pero en realidad no lo son. No habrá que tener en cuenta los mismos criterios para determinar la residencia habitual del menor, la residencia habitual del causante o la residencia habitual de los cónyuges o del cónyuge demandante.

El *forum actoris* previsto en el art. 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003 tiene como objetivo preservar los intereses de los cónyuges y la seguridad jurídica. No obstante, para evitar fraudes y no provocar foros exorbitantes se exige garantizar que exista un vínculo real entre el demandante y el Estado miembro que ejerce la competencia. Y aquí la labor de los órganos jurisdiccionales debe ser más minuciosa para comprobar si existe esta vinculación real. **Consideramos que los jueces**

⁸⁹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de familia internacional*, ed. Colex 2008, Madrid, págs. 194 (citando a F. SALERNO y R. BARRATA).

⁹⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 624/2017 de 21 noviembre. RJ 2017\5094; ECLI: ECLI:ES:TS:2017:4113, FD tercero; “*El reproche genérico que formula la recurrente, haciéndose eco de una crítica doctrinal a la regulación europea, en el sentido de que puede fomentar el Forum Shopping, no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de los tribunales españoles resulte imprevisible para la esposa, ni que los tribunales españoles se encuentren escasamente vinculados con el supuesto por lo que el foro se convierta en exorbitante ni que, como consecuencia de ello, se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De hecho, ha quedado acreditado no solo que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España, sino que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones (...).*”

deben analizar con más cautela la residencia habitual del demandante, porque es un foro de ataque y podría ser provocado.

Para evitar que sea un foro exorbitante, el juez debe hacer un uso razonable de criterios de prueba adaptado a cada caso. Ni basándose únicamente en el padrón municipal como única prueba suficiente, pero tampoco exigir varias pruebas de forma desmesurada para acreditar la residencia habitual. En ocasiones, tales pruebas como es un contrato laboral podría constituir como una prueba suficiente.

La posición del legislador europeo y del TJUE nos parece muy clara y acertada a la hora de establecer una diferencia en el artículo 3, apartado 1, letra a) guiones quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003, respecto a las personas que residen en un Estado miembro de la UE que desean interponer en ese Estado una demanda de divorcio con el cumplimiento de unos determinados requisitos adicionales: llevar seis meses residiendo en ese Estado miembro, si son nacionales del mismo o llevar residiendo un año en ese Estado miembro, si no son nacionales. De esta forma, el criterio diferenciador establecido por el legislador europeo respecto al periodo de residencia habitual del demandante, tiene como objetivo evitar una falsa vinculación a los tribunales europeos y garantizar el cumplimiento del principio de proximidad.

Sin duda, esta sentencia ha dejado muy claro que el principio de no discriminación previsto en el art. 18 del TFUE exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, pero desde el punto de vista de la vinculación real y razonable con el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que es lo que pretenden las normas del artículo 3, apartado 1, letra a) guion quinto y sexto del Reglamento (CE) 2201/2003, el nacional y el no nacional no son comparables, sino son situaciones diferentes por lo que su tratamiento procesal también ha de ser distinto.

Tal y como ha manifestado la doctrina, en ocasiones, el foro de la residencia habitual del demandante puede convertirse en una especie de foro exorbitante, es decir, que atribuye competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado sin que exista una conexión razonable con dicho Estado, pero en este caso el legislador europeo impone el cumplimiento de un periodo mínimo de residencia. Es evidente que la nacionalidad demuestra vínculos reales (institucionales, culturales, patrimoniales, sociales, familiares) con un país y por ello, el tiempo de residencia exigido al nacional es menor que el exigido al extranjero, solo seis meses. Además, el foro del demandante previsto en el artículo 3, apartado 1, letra a) guion sexto es un foro previsible para el demandado.

Dichos argumentos también serán válidos para el Reglamento (UE) 2019/1111, ya que no aporta cambios en el sistema de competencia judicial internacional en las crisis matrimoniales basándose en los mismos criterios de residencia habitual y nacionalidad.