

Asunto C-35/23

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

25 de enero de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

16 de enero de 2023

Demandante y recurrente:

Padre

Demandada y recurrida:

Madre

[omissis] OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
(TRIBUNAL SUPERIOR REGIONAL DE LO CIVIL Y PENAL DE
FRÁNCFORT DEL MENO)

RESOLUCIÓN

En el litigio en materia de familia
relativo a la custodia de L

Partes:

1. La menor L, con domicilio en PL,
2. Abogada
coadyuvante de la menor,
3. Padre, demandante y recurrente, con domicilio en CH,

[*omissis*]

4. Madre, demandada y recurrida, con domicilio en PL,

el 16 de enero de 2023,

la [*omissis*] [designación de la Sala] [del Oberlandesgericht] Frankfurt am Main
[*omissis*] [Breve exposición del procedimiento]

ha acordado:

I.

Suspender el procedimiento.

II.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los artículos 10 y 11 del Reglamento (CE) n.º 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.º 1347/2000 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas II *bis*»):

¿En qué medida se limita el mecanismo regulador contemplado en los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II *bis* a los procedimientos desarrollados en el ámbito de las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea?

En particular:

1. ¿Es aplicable el artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*, con la consecuencia de que sigan siendo competentes los órganos jurisdiccionales del anterior Estado de residencia, si el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión (Alemania) antes de su traslado y se tramitó el procedimiento de retorno, de conformidad con el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores [en lo sucesivo, «Convenio de La Haya»], entre un Estado miembro de la Unión (Polonia) y un Estado tercero (Suiza), pero en dicho procedimiento se denegó el retorno del menor?

En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1:

2. ¿Qué requisitos deben aplicarse, en el marco del artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento Bruselas II *bis*, cuando se quiere acreditar que siguen siendo competentes esos mismos órganos jurisdiccionales?

3. ¿Es aplicable el artículo 11, apartados 6 a 8, del Reglamento Bruselas II *bis* en caso de haberse instruido un procedimiento de retorno de conformidad con el Convenio de La Haya en el ámbito de las relaciones entre un Estado tercero y un

Estado miembro de la Unión (que es el Estado de acogida), en la medida en que el menor hubiera tenido su residencia habitual en otro Estado miembro de la Unión antes de su traslado?

Fundamentos:

I.

El procedimiento versa sobre cuestiones relativas al ámbito de aplicación de los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II *bis*.

Los progenitores de la menor contrajeron matrimonio en Fráncfort del Meno el 7 de marzo de 2013. El padre tiene la nacionalidad alemana y la madre es nacional polaca. Inicialmente, los padres de la menor convivieron en Fráncfort del Meno (Alemania). El 29 de junio de 2013, el padre se trasladó a Suiza por motivos profesionales.

La hija común L, que tiene la nacionalidad alemana y, entretanto, también la polaca, nació el 12 de noviembre de 2014 en X (Suiza) y, desde enero de 2015 y hasta comienzos de abril de 2016, vivió con la madre en Fráncfort del Meno.

El padre visitaba periódicamente a la madre y a la hija en Alemania, y también pasaban las vacaciones juntos. El 11 de mayo de 2015, el Amt für Migration (Oficina de Migración[, Suiza]) aceptó la solicitud de reagrupación familiar del padre. La madre recibió un permiso de residencia temporal en Suiza, válido hasta el 31 de diciembre de 2019.

El 9 de abril de 2016, la madre se trasladó con L a Polonia. Por tal motivo, la madre dio de baja del padrón a toda la familia en Fráncfort, indicando la dirección del padre en Suiza. En el verano de 2016, la madre solicitó trabajo en Suiza. Desde noviembre de 2016, la madre trabaja en Polonia en la empresa Zurich Insurance.

En un primer momento, el padre los visitaba en Polonia. A partir del 17 de abril de 2017, la madre rechazó que el padre tuviera contacto con la hija común y la inscribió en un jardín de infancia en Polonia sin el consentimiento del padre. A finales de mayo de 2017, la madre comunicó al padre que se quedaba a vivir en Polonia con la hija.

Mediante escrito de 7 de julio de 2017, el padre solicitó por medio de la autoridad central suiza (Bundesamt für Justiz in Bern [Oficina Federal de Justicia de Berna]) que se procediera al retorno de la menor a Suiza. El Tribunal de Distrito de Cracovia — Nowa Huta desestimó esta demanda mediante resolución de 8 de diciembre de 2017, aludiendo a que el padre había dado su consentimiento en un momento indefinido al traslado de la madre con L a Polonia. Además, el tribunal declaró que existía un grave riesgo para el bienestar de la menor en caso de retorno, en el sentido del artículo 13, letra b), del Convenio de La Haya. Según dicha resolución, el padre había admitido el uso (una sola vez) de violencia contra

la madre. El recurso de apelación interpuesto por el padre contra esta resolución fue desestimado mediante resolución del Tribunal Regional de Cracovia de 17 de abril de 2018 (XII Ca 168/18).

Mediante demanda de 27 de septiembre de 2017, la madre incoó un procedimiento de divorcio en Polonia. En octubre de 2017, la madre dio de baja a L del padrón del Ayuntamiento de X, Suiza.

Mediante resolución de 5 de junio de 2018, el Tribunal Regional de Cracovia concedió provisionalmente a la madre la custodia de la hija común y reguló la obligación de alimentos del padre.

El padre presentó una demanda de retorno de la menor el 29 de junio de 2018 ante la Bundesamt für Justiz in Bonn (Oficina Federal de Justicia de Bonn, Alemania) al amparo del Convenio de La Haya, pero con posterioridad desistió de ella.

En el presente procedimiento, el padre, mediante demanda de 12 de julio de 2018, recibido en el Amtsgericht Frankfurt am Main (Tribunal de lo Penal y Civil de Fráncfort del Meno, Alemania) el 13 de julio de 2018, solicitó con carácter principal, en el punto I de sus pretensiones, que se le concediera la custodia exclusiva de la menor y, con carácter subsidiario, el derecho a fijar la residencia de la menor.

Asimismo, mediante el punto II de sus pretensiones, el padre solicitó que se obligase a la madre a retornar a la menor al padre a Suiza a partir de la fecha de producción de efectos de la resolución.

El padre alega que los progenitores de la menor pactaron en la primavera de 2015 que en el futuro vivirían con L en Suiza. Afirma que, en abril de 2016, la madre decidió trasladarse provisionalmente a casa de sus padres a Polonia con el fin de ayudarlos en la construcción de una casa. Alega que él dio su consentimiento, pero limitó expresamente el tiempo a dos años o, como máximo, tres. Según él, la menor debía asistir al jardín de infancia en Suiza, como muy tarde, a partir de noviembre de 2017.

La madre rechaza estas pretensiones.

La madre alega que el padre dio su consentimiento al traslado a Polonia y que allí colaboró en la obtención de la expedición de un pasaporte polaco para la menor. Sostiene que no se pactó que el traslado a Polonia fuera por tiempo limitado, ni tampoco hubo acuerdo sobre un eventual traslado a Suiza.

En el procedimiento de primera instancia, el padre fue oído el 9 de mayo de 2019. La madre, igualmente citada, que había solicitado inicialmente, mediante escrito de 19 de abril de 2019, ser oída por la vía de la asistencia judicial internacional, no compareció en la vista.

En esa vista, el padre declaró que los progenitores habían acordado, en una conversación telefónica que mantuvieron el 29 de enero de 2016, que L permanecería en Polonia un máximo de dos a tres años y que, en todo caso, iría al jardín de infancia en Suiza.

Mediante resolución de 3 de junio de 2019, notificada el 7 de junio de 2019, el [Amtsgericht Frankfurt am Main] desestimó la demanda del padre de atribución de la custodia.

Este órgano jurisdiccional fundamentó su decisión en la falta de competencia internacional del tribunal al que se sometió el asunto. En su opinión, el padre no ha acreditado la existencia de un acuerdo concreto sobre la temporalidad de la residencia de la madre y de la menor en Polonia, y los datos que aportó en la vista celebrada el 9 de mayo de 2019 se contradicen con las alegaciones que formuló anteriormente mediante escrito de 3 de agosto de 2018, del que se desprende que en mayo de 2017 los progenitores aún negociaban sobre la duración de la residencia en Polonia.

El padre sostiene la tesis de que la competencia del Amtsgericht Frankfurt am Main se desprende del artículo 11, apartado 6, en relación con el apartado 7, del Reglamento Bruselas II *bis*, así como del artículo 10 de dicho Reglamento. Afirma que, en su resolución de 8 de diciembre de 2017, el [Tribunal de Distrito de Cracovia — Nowa Huta] declaró que la residencia de la menor antes de que esta se fijase en Polonia no estaba en Suiza, puesto que la menor vivía con la madre en Alemania.

El padre aduce que los principios que informan el procedimiento del Convenio de La Haya, conforme a los cuales la persona que se opone a la restitución del menor debe acreditar que la persona a la que corresponda la custodia (compartida) del menor haya dado su consentimiento al traslado o a la retención del menor, o bien autorizado tal cosa *a posteriori*, se aplican también al presente procedimiento. Alega que la madre no ha aportado la prueba de un consentimiento por tiempo indefinido.

Asimismo, el padre alega que, en el presente asunto, es la atribución de la custodia al padre lo que mejor responde al interés superior de la menor. En su opinión, la madre, obrando según su propio arbitrio, en la práctica vació las competencias del padre, al que le asistía al derecho de custodia, no atendiendo así al interés superior de la menor. El padre invoca también a este respecto los principios que informan el procedimiento del Convenio de La Haya.

Mediante su recurso, recibido en el [Amtsgericht Frankfurt am Main] el 8 de julio de 2019, el padre formula las mismas pretensiones que en primera instancia.

La madre solicita que se desestime el recurso.

La Sala ha indicado al padre en varias ocasiones que no existen posibilidades de que prospere su recurso, puesto que, aun suponiendo que concurra la competencia

internacional, no cabría afirmar que la atribución de la custodia al padre es lo que mejor serviría al interés superior de la menor (artículo 1671 del Bürgerliches Gesetzbuch [Código Civil alemán; en lo sucesivo, «BGB»]).

La Sala también ha indicado al padre que, a su juicio, la aplicación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* está limitada al ámbito de las relaciones entre Estados miembros de la Unión y que un procedimiento tramitado en el ámbito de las relaciones entre Polonia y Suiza no puede producir los efectos del artículo 10 de dicho Reglamento.

El padre solicita que se planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en el marco de un procedimiento prejudicial, las siguientes cuestiones prejudiciales:

[*omissis*] [Cuestiones cuya elucidación solicita el padre. Parcialmente comprendidas en las cuestiones prejudiciales pertinentes]

El padre comenzó a visitar a la menor en Polonia en 2022 en virtud de un régimen judicial de visitas allí adoptado.

II.

1. Competencia internacional

La competencia internacional de los tribunales alemanes para conocer de procedimientos de custodia iniciados antes del 1 de agosto de 2022 se deriva fundamentalmente del artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II *bis*), siempre que no se apliquen las normas prioritarias contempladas en los artículos 9, 10 y 12 (artículo 8, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *bis*). El Reglamento (CE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 (en lo sucesivo, «Reglamento Bruselas II *ter*»), que sucedió a aquel, se aplica únicamente a los procedimientos incoados después del 1 de agosto de 2022 (artículo 100, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *ter*). Al presente procedimiento se le sigue aplicando el Reglamento Bruselas II *bis*, en la versión del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (artículo 100, apartado 2, del Reglamento Bruselas II *ter*).

El criterio de conexión decisivo para establecer la competencia internacional es, según el artículo 8 apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, la residencia habitual del menor (sección a.), siempre que no sean aplicables otras normas prioritarias como, en el presente asunto, las contempladas en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* (sección b.).

a. Artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*

De conformidad el artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, 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.

La residencia habitual deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho particulares en cada caso, en función de la integración en un entorno familiar y social en cuanto punto central de la vida y de la existencia del menor; a tal respecto, habrá de atenderse a la duración, la regularidad y las condiciones de la permanencia en un Estado (sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, C-523/07, apartados 42 y 44; de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, apartado 47, y de 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU, apartado 42).

L vive desde abril de 2016 con su madre en Polonia y allí asistió a la guardería desde abril/mayo de 2017.

En la fecha de presentación de la demanda en julio de 2018, L había establecido su residencia habitual en Polonia, por lo que la competencia de los tribunales alemanes no puede basarse en el artículo 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*.

b. Competencia en casos de sustracción de menores

El artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* contiene una disposición sobre competencia en términos más amplios, aplicable a casos de traslado o retención ilícitos de un menor. En tales casos, la competencia internacional seguirá radicando en el Estado de la residencia habitual anterior, aun cuando el menor haya establecido su nueva residencia habitual en otro Estado, a menos que se den requisitos específicos.

A tal fin, antes de nada, habría de estar abierto el ámbito de aplicación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* en el presente procedimiento.

A la vista del tenor del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* («Estado miembro»), la aplicación de esta norma estará limitada a la relación entre los Estados miembros sujetos al Reglamento Bruselas II *bis*. El Tribunal de Justicia ha aclarado a este respecto que el hecho de que artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* utilice la expresión «Estado miembro» y no los términos de «Estado» o «Estado tercero» y de que haga depender la atribución de la competencia de una residencia habitual actual o anterior «en un Estado miembro», sin referirse al supuesto de una residencia adquirida en el territorio de un Estado tercero, implica también que ese artículo regula únicamente la competencia en caso de sustracción de menores entre los Estados miembros (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU, apartados 38 a 40).

A juicio del padre, este requisito se cumple, dado que el presente procedimiento se sustancia en la relación entre Alemania y Polonia y, por tanto, entre dos Estados miembros de la Unión sujetos al Reglamento Bruselas II *bis*. A su juicio, como L vivió con la madre en Fráncfort, tiene su residencia habitual en Alemania.

Esta Sala no comparte esta tesis, sino que ve la aplicación de los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II *bis* en el contexto de la tramitación de un procedimiento de retorno de conformidad con el Convenio de La Haya. El artículo 11 del Reglamento Bruselas II *bis* contiene disposiciones procesales adicionales, aplicables a los procedimientos de retorno contemplados en el Convenio de La Haya, en cuyo marco tanto el Estado de origen como el Estado de acogida son Estados miembros de la Unión o, en su caso, están vinculados por el Reglamento Bruselas II *bis* [omissis] [cita de la doctrina en la materia]. Las normas contenidas en los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II *bis* refuerzan, por un lado, el mecanismo de retorno contemplado en el Convenio de La Haya, al limitar la aplicación de las excepciones y favorecer la ejecución de la orden de retorno, pero, por otro lado, existen disposiciones específicas en materia de aceleración del proceso y de audiencia, así como obligaciones de protección e información respecto a las partes.

Mediante su sentencia de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU, relativa a la interpretación del artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (en el citado asunto, fijación de la residencia en caso de sustracción de menores), el Tribunal de Justicia declaró que para interpretar una disposición de Derecho de la Unión no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU, apartado 37). Por consiguiente, a efectos de la interpretación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*, tanto de su tenor literal como de la interpretación de la Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*, publicada por la Comisión Europea, se desprende claramente que esta regla solo comprende los conflictos de competencia entre Estados miembros y no los conflictos entre un Estado miembro y un Estado tercero (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU, apartado 29). Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia recordó que una regla de competencia especial debe interpretarse en sentido estricto y, por lo tanto, no permite una interpretación que vaya más allá de los supuestos expresamente contemplados en el Reglamento de que se trate, ni que dé lugar a que solo se tenga en cuenta una parte de su redacción para aplicarla autónomamente (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 2021, C-603/20 PPU, apartados 47 y 48).

Por consiguiente, a juicio de esta Sala, las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II *bis* no deben considerarse de forma aislada.

En el procedimiento de retorno tramitado por medio de la Oficina Federal de Justicia de Berna, e incoado por el padre mediante demanda presentada el 7 de julio de 2017, que estaba dirigido a obtener el retorno de la menor a Suiza, no se aplicaron los requisitos para la tramitación de procedimientos conforme al Convenio de La Haya que se derivan del artículo 11 del Reglamento Bruselas II *bis*, puesto que Suiza no está sujeta a dicho Reglamento. En consecuencia, una vez desestimada la demanda de retorno, el órgano

jurisdiccional polaco ya no tenía ningún motivo para actuar de conformidad con el artículo 11, apartados 6 y 7, del Reglamento Bruselas II *bis* ni para informar a los tribunales o, en su caso, a la autoridad central alemanes sobre la decisión denegatoria.

La segunda demanda de retorno, que presentó el padre poco antes de que se incoase el presente procedimiento ante la Oficina Federal de Justicia de Bonn, Alemania, no puede fundamentar la competencia continuada conforme al artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*, dado que este procedimiento ya no se está tramitando. Lo decisivo a este respecto será la presentación de la demanda ante el tribunal. Según la información proporcionada por el padre, no se ha iniciado un nuevo procedimiento de retorno en Polonia.

Por lo demás, parece, en principio, dudoso que se estime una segunda demanda de iniciación de un procedimiento conforme al Convenio de La Haya, ya que es probable que la decisión firme del tribunal de apelación en Polonia impida que se tramite un nuevo procedimiento conforme al Convenio de La Haya sobre el mismo objeto. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales polacos contienen también observaciones sobre la retención ilícita de la menor.

2. Aplicación del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*

En la medida en que el artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* también sea, en principio, aplicable al presente asunto, solo se dará un cambio de la competencia [a falta de la conformidad de los dos titulares del derecho de custodia, letra a)] una vez que el menor haya adquirido una nueva residencia habitual, resida desde hace cuando menos un año en el nuevo Estado de residencia, se haya integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguno de los supuestos contemplados en la letra b), incisos i) a iv). En el presente asunto, el controvertido es el inciso i), según el cual decaerá la competencia continuada cuando, 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 del menor ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido ilícitamente el menor [artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento Bruselas II *bis*].

Por consiguiente, el padre debió presentar la demanda de retorno en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento o, en su caso, desde la comisión del ilícito para que los tribunales alemanes conservasen la competencia internacional.

El padre alega que dio su consentimiento a que la madre residiera temporalmente con L en Polonia. Afirma que, una vez expirado este período, la madre, incumpliendo el pacto alegado por él, no se trasladó a Suiza con L.

El padre aduce a este respecto que la menor está retenida ilícitamente en Polonia, al menos, desde el 24 de mayo de 2017 (asistencia a la guardería). Además, el padre sostiene que los progenitores pactaron que a partir de noviembre de 2017 la asistencia a la guardería habría de ser en Suiza.

La demanda de custodia presentada por el padre fue recibida en el [Amtsgericht Frankfurt am Main] el 13 de julio de 2018. El plazo de un año contemplado en el artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento Bruselas II *bis* se cumpliría únicamente si hubiera de tomarse como referencia la fecha posterior, esto es, el comienzo de la asistencia a la guardería. Atendiendo a las alegaciones formuladas en el marco del procedimiento de retorno (ilicitud con inscripción en la guardería a partir de mayo de 2017), la demanda no se habría recibido dentro del plazo de un año contemplado en el artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento Bruselas II *bis*.

Se plantea aquí la cuestión de si el padre no puede formular nuevas alegaciones de resultados de la tramitación en Polonia del procedimiento conforme al Convenio de La Haya o si, en el marco del artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis*, también pueden tomarse como referencia fechas posteriores para el comienzo del plazo. De este modo, existiría la posibilidad, una vez concluido el procedimiento de retorno, de retrasar el comienzo del plazo de un año, lo que, en última instancia, no se corresponde con el propósito de elucidar con rapidez la concesión de la custodia en aras del interés superior de la menor.

Además, es objeto de debate entre los progenitores la cuestión de la fijación del plazo de la residencia de la madre y de la menor en Polonia. La madre niega que se pactase tal plazo.

En cuanto atañe a la cuestión de la carga de la alegación y de la prueba, el padre invoca los principios que se aplican a la prueba del consentimiento o de un acuerdo en el marco de los procedimientos conforme al Convenio de La Haya, según los cuales el progenitor que se oponga al retorno deberá demostrar que el demandante ha consentido el traslado o lo ha aceptado posteriormente [véase el artículo 13, apartado 1, letra a), del Convenio de La Haya].

A juicio de esta Sala, las normas especiales sobre la carga de la prueba aplicables en los procedimientos contemplados en el Convenio de La Haya no son extrapolables al presente procedimiento. El objeto de este procedimiento no lo constituye el retorno de la menor en el marco del procedimiento conforme al Convenio de La Haya, sino una demanda de atribución de la custodia en la que se aplican los principios procesales que son de validez general para todos los procedimientos en materia de custodia. Los requisitos establecidos en el artículo 10 del Reglamento Bruselas II *bis* deben ser examinados de forma independiente por los órganos jurisdiccionales del anterior Estado de residencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, apartados 62 y ss.). La decisión sobre la demanda de restitución adoptada conforme al Convenio de La Haya no es vinculante en el nuevo Estado de residencia. En tal medida, se aplica el principio de investigación de oficio consagrado en el artículo 26 de la Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ley sobre el procedimiento en asuntos de familia y en asuntos de jurisdicción voluntaria, o FamFG), que también implica que la competencia internacional deba ser examinada de oficio (BGH [*omissis*] [citas de

la doctrina jurídica] [resolución de 17 de febrero de 2010 — XII ZB 68/09]). A tal respecto, en procedimientos como el incoado mediante la presente demanda de atribución de la custodia conforme al artículo 1671 del BGB ha de observarse que las partes soportan una cierta carga de la alegación de los hechos que les sean favorables. Por consiguiente, el tribunal deberá valorar oportunamente las contradicciones detectadas en las alegaciones del padre.

3. Aplicación del artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis*

Las normas comprendidas en el artículo 11, apartados 6 a 8, del Reglamento Bruselas II *bis* obligan, en caso de que en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya se deniegue el retorno del menor en el marco de un procedimiento instruido con arreglo al Convenio de La Haya, a incoar un procedimiento por el derecho de custodia en el anterior Estado de residencia. En particular, las resoluciones relativas a la custodia que se adopten a raíz de la denegación del retorno del menor en el marco del procedimiento del Convenio de La Haya en el ámbito de aplicación del artículo 11 Reglamento Bruselas II *bis* y que impliquen la restitución (devolución) del menor disfrutan de una ejecución preferente de conformidad con el artículo 11, apartado 8, y el artículo 40, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 42, del Reglamento Bruselas II *bis*.

El padre sostiene la tesis de que la decisión que adopte la Sala sobre la custodia, acompañada de la orden de restitución del menor, quedará sujeta al artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* y, por tanto, a las normas aplicables a la ejecución preferente.

En cambio, en opinión de esta Sala, la aplicación del artículo 10, apartados 6 a 8, del Reglamento Bruselas II *bis* presupone forzosamente que se haya tramitado un procedimiento conforme al Convenio de La Haya en la relación entre dos Estados miembros sujetos al Reglamento Bruselas II *bis*, por lo que el artículo 11, apartado 8, de dicho Reglamento no es aplicable en el presente asunto. Mediante el artículo 11, apartado 8, del Reglamento Bruselas II *bis* se persigue contribuir a que se simplifique la ejecución de las resoluciones en materia de custodia que se adopten de resultas de los procedimientos contemplados en el Convenio de La Haya, sujetos a las exigencias específicas establecidas en el artículo 11, apartados 2 a 5, del Reglamento Bruselas II *bis*. Como se ha señalado, el procedimiento de retorno en la relación entre Suiza y Polonia no quedaba comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*. A tal respecto, el criterio determinante no lo constituye la residencia del padre, sino la cuestión de la vinculación y de la obligación recíprocas de los Estados en virtud del Reglamento Bruselas II *bis*.

[*omissis*] [Firmas; certificación de legalización]