



Roj: **AAP L 466/2021 - ECLI:ES:APL:2021:466A**

Id Cendoj: **25120370022021200186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **09/09/2021**

Nº de Recurso: **519/2021**

Nº de Resolución: **190/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO GUILAÑA FOIX**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil

Calle Canyeret, 1 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973705820

FAX: 973700281

EMAIL:aps2.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2500942120198213434

Recurso de apelación 519/2021 -C

Materia: Procedimiento Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de 1ª Instància e Instrucció nº 1 de DIRECCION000 (UPSD)

Procedimiento de origen:Separación contenciosa 391/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2206000012051921

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil

Concepto: 2206000012051921

Parte recurrente/Solicitante: Rosendo

Procurador/a: Mª Jose Casanovas Capdevila

Abogado/a: Jose Ramon Vidal Cabiro

Parte recurrida: Soledad

Procurador/a: Jaime Gomez Fernandez

Abogado/a: Montserrat Cardet Latorre

AUTO Nº 190/2021

Presidente:

Ilmo. Sr. Albert Guilanyà i Foix

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Albert Montell Garcia

Ilma. Sra. Beatriz Terrer Baquero



Lleida, 9 de septiembre de 2021

Ponente: Albert Guilanyà i Foix

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se han recibido los autos de Separación contenciosa 391/2019 remitidos por Sección Civil. Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 (UPSD) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Mª Jose Casanovas Capdevila, en nombre y representación de Rosendo contra el Auto de fecha 30/04/2020 y en el que consta como parte apelada el Procurador Jaime Gomez Fernandez, en nombre y representación de Soledad .

SEGUNDO.- El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Declaro la incompetencia territorial de este Órgano judicial para conocer la demanda presentada por el/la Procurador/a Mª Jose Casanovas Capdevila, en nombre y representación de Rosendo, contra Soledad sobre Demandas de divorcio no consensuadas, con solicitud de medidas provisionales coetáneas..

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno (artículo 67 LEC).[...]"

Y en fecha 1/12/2020 de dicto Auto de aclaración cuyo contenido en la parte dispositiva es el que sigue:

"Desestimo íntegrament la petició formulada per la procuradora Mª Jose Casanovas Capdevila, de la la part demandant, i estimo íntegrament la petició del Ministeri Fiscal en el sentit de modificar la impugnació procedent a la resolució dictada en aquest procediment el dia 30 d'abril de 2020, que queda definitivament redactada de la forma següent: En comptes de dir : "no procedeix recurs algun (art. 67 LEC)" ha de dir "davant aquesta resolució procedeix recurs de reposició (art. 66.2 LEC)".[...]"

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Albert Guilanyà i Foix.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora recurre la resolución de Primera Instancia manifestando que el Juez aquo se equivoca cuando considera que la parte demandada no tiene residencia habitual en España cuando lo cierto es que cuando se presentó la demanda residía aquí con los hijos comunes, por lo que solicita la revocación de la resolución.

La parte demandada solicita la confirmación del Auto y la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- No se va a discutir en este caso ni la **nacionalidad** de la actora (española) ni la de la demandada y sus hijas (keniata) ni que contrajeron matrimonio en ese país, donde han vivido siempre excepto unos meses en España, ni que ahora nuevamente se encuentran en Kenia la madre y las hijas. Tampoco se discute que allí hay interpuesta una demanda de divorcio pero que, durante unos pocos meses, coincidiendo con la interposición de la presente demanda, la demandada y sus hijas estuvieron residiendo en España.

De lo que se trata pues es de determinar si esa residencia podía calificarse de habitual, dado que el punto de conexión que conecta la jurisdicción de los tribunales españoles con el asunto de autos es esa condición de habitualidad en la residencia.

Pues bien, en nuestro derecho falta una definición legal de la "residencia habitual". De hecho, ni siquiera en el ámbito de los tratados internacionales europeos existe esa definición, pues por ejemplo el Reglamento 650/2012 no define qué debe entenderse por "residencia habitual". El Cons. [23] RES indica, tan sólo, que la residencia habitual debe revelar "un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate".

Debe recordarse que, en realidad, los textos legales internacionales de DIPr. posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en particular, los llamados "Convenios de La Haya" (elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado) y también los textos normativos de Derecho de la UE, nunca han definido legalmente la noción "residencia habitual". Esta tradicional "falta de definición" se explica porque el criterio "residencia habitual" fue elegido ante la inconveniencia de fijar como punto de conexión el "domicilio". En efecto, el domicilio se define de manera distinta de país a país: cada Estado tiene su concepto de domicilio y las diferencias entre el "concepto continental" de "domicilio" y el "concepto anglosajón" del mismo son



muy acentuadas. Para no proporcionar "otro concepto más" de "domicilio", todos estos textos internacionales optaron por la noción "residencia habitual" y quedó claro que el nuevo concepto no sería definido, sino que debería ser concretado "caso por caso". También se desechó de raíz la idea de fijar como criterio de competencia internacional el "domicilio" a definir por el Derecho nacional del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del asunto.

Por ello se puede afirmar que el concepto de residencia habitual es un concepto adaptable a las circunstancias de hecho, un concepto de textura abierta. Se trata del lugar donde radica el "centro de vida de la persona" ("le centre de vie de l'intéressé"). Ahora bien, el modo de concretar cuál es el concreto Estado en el que una persona tiene su residencia habitual varía según la materia e instrumento legal considerado. De ese modo, en la legislación europea la residencia habitual se perfila de una manera distinta en el ámbito de la protección de niños (Reglamento 2201/2003) y de otra manera bien diferente en el área de los contratos internacionales (Reglamento Roma I), de los ilícitos extracontractuales (Reglamento Roma II), del divorcio (Reglamento 1259/2010 Roma III) y en el ámbito sucesorio (Reglamento 650/2012).

En definitiva, el contexto social y jurídico reviste una extrema importancia. Por tanto, en lo que afecta a este último instrumento legal, la residencia habitual debe especificarse de un modo particular, pues interesa la residencia habitual a efectos de divorcio no de sucesión o contractuales. En tal sentido, por ejemplo, cuando se trata de concretar la residencia habitual de un cónyuge en un litigio de separación o divorcio, los elementos a valorar son distintos de los que deben evaluarse para concretar el país donde se encuentra el centro de vida (residencia habitual) en el caso de la sucesión del causante, por ejemplo.

Así en el caso del derecho de familia, la idea básica es la integración social de la persona, y "residencia habitual" debe identificarse con el "Estado miembro en el que el causante tenía una integración en un entorno social y/o familiar". Cuando una persona dispone de un "centro de vida personal y familiar" localizado en un concreto Estado es porque está integrado en el entorno de dicho Estado desde un punto de vista familiar y social. Es claro que "centro" e "integración" son conceptos referidos a la misma idea (el "centro" se encuentra rodeado por el resto y la integración supone inmersión en una entidad más amplia). La idea básica de la noción residencia habitual radica en la "integración real" de la persona en un medio social y jurídico determinado. En suma, la "residencia habitual" indica el "arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico". La "residencia habitual" refleja la "vinculación más estrecha" de un sujeto con un país determinado, un vínculo real entre el sujeto y un medio social concreto.

Este concepto de residencia habitual, compuesto por los dos anteriores elementos, procede del concepto de "domicilium" del Derecho Romano clásico. En efecto, como indica la famosa regla de Servio-Ulpiano, "*domicilium est, ubi quis degitet rerum suarum summam constituit eo consilio, ut ibi meneat*" ("el domicilio es el lugar donde uno vive y tiene a voluntad el conjunto de sus cosas, con el fin de permanecer allí"). En el Codex de Justiniano se encuentra una definición muy parecida: "*Domicilium est ubi quis degit rerumque suarum summam constituit eo consilio, ut ibi maneant*" (Codex, Lib. X, Título XXXIX, Ley 7), de traducción similar.

La residencia habitual es un "concepto referente a los datos de realidad". Ello se explica por una histórica disputa metodológica propia del Derecho internacional privado, perfecta y críticamente expuesta por Cavers (1971/1972: 475-493). El concepto de "residencia habitual" nació para superar la rivalidad entre los puntos de conexión "**nacionalidad**" (defendido por los países latino-germánicos) y "domicilio" (sostenido por los países escandinavos y anglosajones y entendido como "legal headquarters"). Tras la segunda guerra mundial, la conferencia de La Haya de DIPr. optó por el criterio "residencia habitual". De ese modo se evitaba el punto de conexión "**nacionalidad**", que no siempre conducía a una Ley y a unos tribunales realmente conectados con el caso en cuestión. Ya también se evitaba el punto de conexión anglosajón del "domicile". El domicile es un concepto plagado de oscuridades y sutilezas en el que operan enrevesadas ficciones legales, formalidades jurídicas y que, además, no garantiza una auténtica integración real del sujeto con el país donde, según la Ley, tiene su "domicile". Para acreditar la residencia habitual del causante es preciso, como se ha indicado, acudir solamente a "datos de la realidad". En este sentido, deben ponerse de relieve diversos supuestos que, aunque pudieran aparentar que constituyen una "residencia habitual", no necesariamente lo son, y así:

-Sujetos sin documentación de extranjería en regla. Resulta irrelevante, a efectos del precisar la residencia habitual del causante en un Estado miembro, el hecho de que tal residencia habitual sea "legal" o "ilegal".

- Irrelevancia del domicilio fiscal o administrativo y de la inscripción en el padrón municipal. A por ejemplo y en el ámbito europeo a efectos del art. 4 y 21 RES, es irrelevante el "domicilio fiscal" o "administrativo" del sujeto en un determinado Estado. Dicho "domicilio fiscal" o "administrativo" sólo surte efectos fiscales o administrativos y no efectos de Derecho Privado. En relación con España puede afirmarse que la "inscripción en el padrón municipal de habitantes" de un municipio español no supone, automáticamente, que dicho sujeto tenga su



residencia habitual en España (STS CA 11 noviembre 2009, STS 14 septiembre 2009, STS CA 8 marzo 1983, STS 10 junio 1966, STS 4 mayo 1977, STS 15 noviembre 1991, STS 30 enero 1993, SAP Madrid 5 julio 2002).

- Irrelevancia de la vecindad civil del demandado. Es indiferente, la vecindad civil que pueda ostentar el sujeto español y la carencia de vecindad civil de un extranjero que tiene su residencia habitual en España (STS 11 noviembre 1991, SAP Barcelona 1 noviembre 2003).

Finalmente hay que considerar tres elementos que determinaran si esa residencia es habitual o no y que son el elemento cuantitativo, el cualitativo y la voluntariedad de la estancia. En cuanto al elemento cuantitativo, es preciso que el causante tenga una presencia duradera en un concreto país. Se trata de un dato objetivo: la persona debe "estar presente" en un país, es decir, debe encontrarse en un país de modo duradero, durante un tiempo perdurable, constante, prolongado, largo, extenso, amplio, dilatado, holgado, abundante. No se trata, de una mera "estancia", sino de una verdadera "presencia". El sujeto no sólo "está" en un país, sino que "está presente" en dicho país. Es claro que "estar en un país" no es "habitar en un país". Para "habitar en un país" se requiere una "presencia duradera", que es lo que se trata de acreditar a través de este aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la residencia habitual. No se mide ni se valora en este momento la intención del sujeto al instalarse en un país. Tampoco se trata, en este momento metodológico, de medir si la presencia física del sujeto en un país es "temporal" o es "estable" o "permanente". De hecho, nadie puede decir que su presencia en un país será para siempre o lo será por un año, dos o diez. Lo que se valora es, exclusivamente, la duración temporal de su presencia en un país. Por ello, puede decirse que cuando una persona manifiesta una presencia duradera, continuada, prolongada y estable en un país, se cumple el aspecto cuantitativo del elemento objetivo de la residencia habitual.

El aspecto cualitativo de la presencia física de una persona en un Estado. No resulta suficiente con la mera presencia física del causante durante un cierto tiempo, incluso muy prolongado o constante, en un concreto Estado, para afirmar que el sujeto dispone, en efecto, de su presencia física (domus colere) en dicho Estado. Esa presencia física incluso si es duradera, debe revestir, además, una "calidad específica". Debe exigirse que se trate de una presencia "profunda" o "integrada" en dicho Estado (una "presencia de calidad social y cultural"). Se deben valorar, en este momento metodológico, la naturaleza y las características de tal presencia duradera del causante en un país determinado (la "regularidad" y las "condiciones"). Se trata de aclarar qué tipo de presencia duradera en un concreto país manifiesta el causante. Dicha valoración permitirá descubrir si el sujeto dispone de una "presencia integrada" en el país donde se encuentra físicamente. La locución tradicional romana lo explica muy bien. No se trata de poseer una "presencia duradera" en un país, sino de "habitar" en dicho país (domus colere / el verbo latino "colo, ui, cultum, ere" significa "habitar"). Es obvio que "habitar" en un país reviste un carácter más profundo que "estar presente" en dicho país. La persona que habita en un país es la persona que está integrada en el contexto social y cultural de dicho país. Es la persona que tiene su casa (domus) en dicho país.

Finalmente, el elemento intencional o subjetivo. Debe valorarse, en segundo lugar, la intención de la persona de fijar, en un concreto país, y con carácter estable, el centro de intereses de su vida familiar y profesional. La persona debe mostrar una intención de permanecer en un concreto lugar en el que dispone de una presencia duradera (animus manendi / settled purpose). Una presencia "regular" es una presencia "estable", esto una presencia acompañada del animus manendi del sujeto (de su voluntad de fijar su residencia en un Estado con vocación de permanecer en dicho Estado). Es preciso identificar con claridad, una voluntad libre del sujeto de querer establecer en un Estado concreto su centro familiar y social. La "residencia habitual" de una persona comporta intrínsecamente un elemento volitivo que está siempre presente. La persona, voluntariamente, sitúa su centro vital en un Estado porque ha tomado la decisión libre de tener un "centro" de sus actividades sociales y familiares y de tenerlo en un concreto Estado con el que su vínculo es estable, duradero, regular y constante.

En el caso ahora enjuiciado estamos de acuerdo con las argumentaciones del ministerio fiscal. No estamos frente a una presencia en España que pudiéramos calificar de duradera, ni existe constancia de que la intención de la demandada fuera establecerse con carácter definitivo aquí. De hecho, tras unos pocos meses en España ha regresado nuevamente a su país, donde al parecer ha presentado una demanda de divorcio. Por lo tanto, pretender que sean los tribunales españoles los que resuelvan un litigio de derecho de familia, como es una petición de separación matrimonial, cuando el matrimonio se celebró en Kenia, allí estuvieron viviendo durante años, allí nacieron las hijas y estuvieron y están escolarizadas, y ello porque en un ínterin de pocos meses estuvieron viviendo en España, sin que constara su vocación de permanencia, no parece sea lo querido por el derecho internacional pues la conexión de todo ello con España es casi inexistente y más para una persona que jamás llegó a integrarse en este país ni tiene arraigo alguno con él, a diferencia de lo que ocurre con el actor que sí que ha residido de forma habitual en Kenia donde contrajo matrimonio y ha sido su residencias durante años, hasta que decide regresara a España solo.



TERCERO.- A la vista de la materia de la que se trata no procede hacer declaración de las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación, se dicta la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el procurador Casasnovas contra el auto de fecha 30 de abril de 2020 del juzgado de primera instancia de DIRECCION000 , que **CONFIRMAMOS** y sin declaración de las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de esta Sección indicados al margen; doy fe.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.