



Roj: **AAP MA 58/2024 - ECLI:ES:APMA:2024:58A**

Id Cendoj: **29067370062024200018**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **27/02/2024**

Nº de Recurso: **994/2023**

Nº de Resolución: **50/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA GARCIA-FUENTES FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **AUTO 50/24**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN SEXTA.

PRESIDENTE ILMO. SR/SRA.

DOÑA INMACULADA SUÁREZ-BARCENA FLORENCIO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES/AS.

DÑA SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ

DÑA NURIA GARCÍA-FUENTES FERNÁNDEZ

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: Divorcio Contencioso nº 994/23 Juzgado Mixto nº 6 de Estepona.

RECURSO DE APELACIÓN 994/2023.

En Málaga a 27 de febrero de dos mil veinticuatro.

Visto, por la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado en el procedimiento de Divorcio Contencioso nº 994/23 Juzgado Mixto nº 6 de Estepona, por Modesto, parte demandante en la instancia, que comparece en esta alzada como parte apelante, representada por el/la procurador/a Laura Arango Gómez y asistido por el/la letrado/a M Álvaro Gutiérrez Alfageme, contra, **Mariana** representada por el/la procurador/a Gaizka Alcalde y asistido por el/la Letrado Mary Helen Pino, parte apelada en esta alzada, con intervención del Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** La Magistrada de instancia, en el procedimiento de Divorcio Contencioso nº 994/23 Juzgado Mixto nº 6 de Estepona, dictó Auto de fecha 17-10-2023, cuya Parte Dispositiva era del tenor literal siguiente:

*"Que debo declarar y declaro la falta de competencia internacional de este órgano para conocer del presente procedimiento por no corresponder su conocimiento a los Tribunales Españoles"*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante Modesto y admitido a trámite, el juzgado realizó los preceptivos traslados, oponiéndose al recurso la parte apelada, se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La deliberación, votación y fallo ha tenido lugar el día 21 de febrero de 2024.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales en vigor.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Nuria García-Fuentes Fernández, quien expresa el parecer del Tribunal.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El auto de fecha 17-3-2023, declara la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio, argumenta la juzgadora de instancia lo siguiente: *"Mediante el nuevo escrito presentado por la representación de D. Modesto se ponía de manifiesto el archivo del procedimiento de divorcio en Reino Unido por falta de jurisdicción, interesando la continuación de las presentes actuaciones a la vista de dicha circunstancia. Por parte de la Sra. Mariana se presentó asimismo escrito alegando que los tribunales españoles carecen de jurisdicción para conocer de la demanda de divorcio dado que ninguno de los contrayentes tienen nacionalidad española ni tampoco tienen ni han tenido residencia en España, ya que ambos serían residentes en las Islas Caimán, tal y como consta en el documento nº 1 aportado junto con dicho escrito. Pues bien, según el artículo 22 quáter de la LOPJ, los Tribunales españoles serán competentes "c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en casode demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española". A la vista del contenido de las actuaciones, se puede concluir que no concurren en el presente caso ninguno de los foros de competencia judicial internacional previstos en el artículo 22 quáter de la LOPJ para que los Tribunales españoles y, en concreto, este Juzgado, pueda conocer de la presente demanda de divorcio. Por ello, debe declararse la falta de competencia y el archivo del presente procedimiento."*

El apelante interpone recurso de apelación contra la citada resolución, afirmando la jurisdicción del juzgado de Estepona para conocer de la presente demanda de divorcio, entiende el recurrente que la normativa aplicable es el Reglamento de Bruselas II Ter (U) **2019/1111** del Consejo de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento, de la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores actualmente vigente y que no ha modificado los foros de competencia del divorcio contenidos en el anterior Reglamento de Bruselas II Bis de 2201/2003, alega que no existe litis pendencia internacional con el procedimiento existente en Inglaterra ni tampoco falta de competencia del juzgado de Estepona de conformidad con 769 LEC *"los tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español, con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en que España sea parte, el lago normas de la unión europea y esas leyes españolas"*. La resolución recurrida infringe el artículo 22 quarter de la ley orgánica poder judicial, la ley aplicable es el derecho comunitario y en concreto los reglamentos señalados o formados mismos en su artículo 3 para el conocimiento de la demanda de divorcio la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

*"-la residencia habitual de los cónyuges o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos son resida allí por la residencia habitual del demandado o en caso de demanda conjunta de residencia habitual de uno de los cónyuges o la residencia habitual del demandante se ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda en que sea nacional de Estado miembro en cuestión en el caso del Reino Unido e Irlandatenga allí su domicilio"*.

De lo anterior el recurrente entiende que la residencia habitual de la demandada es DIRECCION000 , que conforme a la documentación presentada la demandada ni reside en Inglaterra ni es su voluntad hacerlo y tampoco reside en la islas cabe Caimán , teniendo su domicilio en España y concretamente en DIRECCION000 por lo que la competencia es atribuible al tribunal español, conforma la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, que atribuye el concepto de residencia habitual cuando concurren la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de su interés en un determinado y cuando su presencia de vistos en grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate., Siendo el último domicilio conyugal el existente en DIRECCION000 conocer los tribunales españoles tienen competencia para conocer de la demanda.

La parte contraria supone, solicitando la confirmación del auto recurrido, los tribunales españoles no son competentes para conocer de la presente demanda, las partes no residen en España, ni son ciudadanos de la unión, el demandante es británico y la demandada es canadiense, no tienen vínculos suficientes por las partes para considerar a España su residencia habitual ni del demandante y de la demandada, la residencia de DIRECCION000 es titularidad del señor Modesto , se trata de una residencia de vacaciones, la demandada no tiene ningún arraigo en territorio nacional ni tampoco el demandante nunca han tenido residencia legal en



España, la vivienda de DIRECCION000 es únicamente una casa de vacaciones, la jurisprudencia del TJUE exige un mínimo arraigo en el territorio para poder considerar que en él se encuentra la residencia habitual y que existe una voluntad del interesado de fijar su lugar permanente de vida, lo que no concurre en el presente caso de hecho la demandada no constar para nada la citada vivienda no tiene tarjeta residencia ni paga impuestos en España, tampoco ha pasado más de 180 días en tanto están, por lo que cabe concluir que nunca ha residido de forma habitual en España, el simple hecho de que el tribunal de Reino Unido haya desestimado la demanda no implica que el tribunal español sea competente, existiendo además otro procedimiento de divorcio abierto por el demandante en las islas Caimán, por todo ello debe confirmarse la falta de competencia del tribunal de Estepona para el conocimiento del asunto y confirmar la resolución de instancia con desestimación del recurso.

El MF se opone igualmente al recurso, al entender que el juzgado de Estepona no es competente para el conocimiento de la demanda de divorcio, pues la demandada no tienen su residencia habitual en España, tratándose de un domicilio vacacional, por lo que debe confirmarse el auto y desestimar el recurso.

**SEGUNDO:** Planteados los términos de debate conforme a lo expuesto, la cuestión a dilucidar se ciñe sobre si el Tribunal de Estepona tiene competencia judicial internacional para el conocimiento del procedimiento de divorcio.

A estos efectos, ha de partirse que aun cuando las partes, como es el caso, no son nacionales de la unión europea, resulta aplicable, igualmente para determinar la competencia, como norma de aplicación universal, el art 3 del Reglamento de Bruselas II Ter **2019/1111**, 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, que viene a suceder a los Reglamentos anteriores 1347/2000 y 2201/2003.

La citada norma dispone: *"En los asuntos relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

*a) en cuyo territorio se encuentre:*

*i) la residencia habitual de los cónyuges,*

*ii) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí,*

*iii) la residencia habitual del demandado,*

*iv) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges,*

*v) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*

*vi) 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 b) de la nacionalidad de ambos cónyuges.*

A su vez, para determinar el concepto de residencia habitual ha de acudir a la jurisprudencia de TJUE, y así sobre dicho concepto, cabe citar entre otras la *sentencia C-289/20 de 25/11/2021*, precisa el sentido y alcance del concepto de "residencia habitual" de un cónyuge. Para el TJUE "ese concepto implica que, aunque comparta su vida entre dos Estados miembros, un cónyuge solo puede tener una residencia habitual en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis". A falta de una definición del concepto de "residencia habitual" en el Reglamento Bruselas II bis o de una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros a este respecto, el Tribunal de Justicia señala que este concepto debe interpretarse de manera autónoma y uniforme. El TJUE define este concepto en una sentencia que resuelve un divorcio entre una persona de nacionalidad francesa y otra de nacionalidad irlandesa. Señala, en particular, que ni el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis ni otras disposiciones de este prevén que una persona pueda tener simultáneamente varias residencias habituales o una residencia habitual en una pluralidad de lugares. Tal pluralidad menoscabaría, en particular, la seguridad jurídica, al dificultar la determinación de antemano de los tribunales que pueden pronunciarse sobre el divorcio y la verificación, por parte del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, de su propia competencia. A continuación, apoyándose en su jurisprudencia relativa a la residencia habitual de un menor, el Tribunal de Justicia considera que el concepto de "residencia habitual", a efectos de la determinación de la competencia en materia de disolución del matrimonio, se caracteriza, en principio, por dos elementos, a saber, por una parte, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, por otra parte, una presencia que reviste un grado suficiente



de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate. Así pues, un cónyuge que invoca, como demandante, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, en virtud del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis, debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia conyugal. Por lo tanto, debe haber manifestado la voluntad de establecer el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro y haber demostrado que su presencia en ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad. En este contexto, el Tribunal de Justicia subraya las circunstancias particulares que rodean la determinación de la residencia habitual de un cónyuge. Así, cuando un cónyuge decide instalarse en otro Estado miembro debido a la crisis conyugal, sigue siendo libre de conservar vínculos sociales y familiares en el Estado miembro de la antigua residencia conyugal. Además, el entorno de un adulto es más variado que el de un niño y está compuesto de un espectro de actividades más amplio y de intereses diversificados, y no puede exigirse que estos se concentren en el territorio de un solo Estado miembro.

Habida cuenta de estas consideraciones, el Tribunal de Justicia concluye que, si bien un cónyuge puede disponer simultáneamente de varias residencias, solo puede tener, en un momento dado, una residencia habitual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis. Por lo tanto, cuando un cónyuge comparte su vida entre dos Estados miembros, únicamente los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe esa residencia habitual son competentes para pronunciarse sobre la demanda de disolución del matrimonio. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso de autos, si el territorio del Estado miembro al que pertenece corresponde al lugar al que (...) ha trasladado su residencia habitual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis.

**TERCERO:** Partiendo de lo anterior, no cabe decir que en el presente caso concurra ninguno de los fueros de competencia establecidos en el art 3 del Reglamento citado, para atribuir la competencia a los Tribunales españoles, al igual que concluye la juzgadora de instancia, compartiendo la Sala dicha conclusión, puesto que siendo los cónyuges nacionales no comunitarios, en ningún caso ha quedado acreditado que la vivienda propiedad únicamente del demandante, sita en DIRECCION000, constituya ni la residencia habitual de los cónyuges, ni el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, ni la residencia habitual del demandada, partiendo del concepto de residencia habitual definido por el TJUE, determinado por *la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, por otra parte, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate, que no concurre en el presente caso, así se deduce de la documentación acompañada, poderes generales para pleitos otorgados tanto por el demandante como por la demandada, en donde consta que la residencia habitual de cada uno de ellos está en la Islas Caimán, la Carta remitida al demandante por el servicio de Inmigración otorgándole tanto al demandante como a la demandada, por su condición de esposa de éste, del certificado de residencia Islas Caimán hasta el año 2044, asimismo la falta de voluntad de constituir en este domicilio en su residencia habitual, se deduce sin lugar a dudas del correo electrónico que consta en las actuaciones remitido por el demandante a la demandada en fecha de 20 abril de 2021, en el que el sr Modesto afirma que la citada casa nunca ha sido su hogar matrimonial, y que tampoco han residido en ella de forma estable, salvo en el momento puntual de restricciones por Covid, que nunca quisieron quedarse en España ni constituir allí su domicilio de permanencia, a todo ello se une el propio procedimiento instado ante los Tribunales de Inglaterra y desestimado por falta de competencia de los mismos, lo que en modo alguno implica que los Tribunales Españoles sean los competentes y en la sentencia aportada se afirma que a fecha de la sentencia de 1 de febrero de 2023, la esposa residía en Canadá.*

*Todo lo expuesto nos lleva a concluir que no concurre en este caso ninguno de los foros para atribuir la competencia al Tribunal de Estepona y en consecuencia debe desestimarse el recurso y confirmar la resolución recurrida.*

**TERCERO:** La desestimación del recurso de apelación comporta, en aplicación del párrafo 1º del art. 398 en relación con el art. 394 de la LEC, la imposición de las costas de esta alzada, al apelante.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, procede la pérdida del I depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

## LA SALA ACUERDA

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **Modesto**, parte demandante en la instancia, frente al auto dictado en el procedimiento de Divorcio nº 186/22 del Juzgado Mixto nº 6 de Estepona,



de fecha 17-3-2023, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Procédase a devolver al recurrente el depósito constituido para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales, al juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Lo pronuncian y firman los Magistrados de Sala. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ