



Roj: **AAP B 6821/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6821A**

Id Cendoj: **08019370182018200518**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **24/10/2018**

Nº de Recurso: **670/2018**

Nº de Resolución: **583/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178104743

Recurso de apelación 670/2018 -F

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 616/2017

Parte recurrente/Solicitante: Aurelia

Procurador/a: Jaume Romeu Soriano

Abogado/a: MARTÍN CASAO AYARZA

Parte recurrida: Héctor

Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini

Abogado/a: FRANCISCO JAVIER TAMARIT TORRELLA

AUTO Nº 583/2018

Barcelona, 24 de octubre de 2018

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Ana M^a García Esquiús

Dolors Viñas Maestre

Rollo de Apelación n.:670/2018

Objeto del recurso: declinatoria por falta de competencia internacional

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

ANTECEDENTES DE HECHO



1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

El día 12 de septiembre de 2017 la Sra. Aurelia , de **nacionalidad** española, promovió demanda de divorcio contra el Sr. Héctor , de **nacionalidad** andorrana, e invocaba la competencia de los tribunales españoles a tenor de los arts. 107.2 C.c. y 22 y 22 quáter LOPJ, por estar el último domicilio conyugal en esta ciudad.

El Sr. Héctor no fue emplazado de forma directa y antes de acordar el emplazamiento por edictos (pedido por la demandante por escrito de 26 de marzo de 2018) compareció el 28 de marzo de 2018 y promovió, dijo, "declinatoria por litispendencia internacional". Da cuenta de que el 20 de octubre de 2016 había promovido demanda de divorcio en Andorra (en el que la demandada fue declarada en rebeldía).

El Ministerio Fiscal informa a favor de la declinatoria y archivo de las actuaciones.

La demandante cree que la petición es extemporánea, Sostiene que hay abuso de Derecho y denuncia que no se indique el juzgado de destino. Insiste en que el último domicilio conyugal estuvo en Barcelona. Invoca el Reglamento 2201/2003.

El Auto recurrido, de fecha 16 de abril de 2018, entiende que, por falta de emplazamiento personal, el plazo para proponer la declinatoria no corría sino desde que el demandado se ha personado. Aplica los arts. 38 y 65.2 LEC y estima la declinatoria, por falta de competencia internacional, se abstiene de conocer y sobresee el procedimiento. Tiene en cuenta que la demandante no compareció ante el tribunal andorrano, pudiendo hacerlo.

2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La parte recurrente sostiene que el demandado tuvo conocimiento del pleito (al menos al otorgar poderes para pleitos) y no planteó la declinatoria en 10 días. Sostiene que hay abuso de Derecho y que se infringe el art. 63 LEC, al no determinar el demandado el juzgado competente. Insiste en que el último domicilio conyugal estuvo en la ciudad condal e invoca los arts. 22 y 22 quáter LOPJ.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso.

La parte apelada se opone y dice que nunca fue emplazado. Sostiene que es de aplicación el art. 39 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y no el Reglamento Comunitario, por no ser Andorra miembro de la Unión Europea.

3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 5 de septiembre de 2018. No se ha practicado prueba ni se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 23 de octubre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

EL OBJETO DEL RECURSO

No estamos ante una cuestión de ley aplicable (como parece deducir una de las partes al citar el art. 107.2 C.c.), sino ante un debate de jurisdicción competente, de competencia de los tribunales en liza. No es esta una cuestión de competencia objetiva (arts. 40 a 49 bis LEC) o territorial (arts. 50 a 60 LEC), pero, denunciada la falta de jurisdicción española por corresponder, se dice, el conocimiento de la demanda a tribunales extranjeros (art. 63 LEC), en concreto a la Batllía de Andorra civil n.1 en Procediment Abreujat n. 1000398/2016, la cuestión puede ser planteada como declinatoria, sin perjuicio de su siempre posible análisis de oficio. En todo caso, si un tribunal español entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo debe declarar así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65.2 LEC).

Por otra parte, no hay constancia que los intentos de emplazamiento previos tuvieran buen fin. Fueron negativas las diligencias personales y no consta que el correo electrónico llegara a su destino, por lo que hay que concluir que no hubo *dies a quo* en el plazo de 10 días de la declinatoria (de hecho, la misma demandante pedía el emplazamiento por edicto). No es prueba definitiva que se otorgaran poderes notariales por el esposo a los tres días de la remisión de correo electrónico, pues tal actuación no es unívoca.

No estamos tampoco ante un planteamiento de litispendencia internacional, sino ante la resolución de una declinatoria, por lo que la invocación del art. 39 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil es improcedente. No se ha pedido ni se ha tramitado una pretensión de suspensión del procedimiento por existir pleito extranjero previo.



Otra cuestión es la de competencia territorial, si la demandante vive en Santa Cristina d'Aro, Partido Judicial de San Feliu de Guixols. Pero no cabe rechazar que el último domicilio conyugal estuvo en esta ciudad o que el demandado tenga domicilio en Barcelona, lo que supone la competencia del Juzgado remitente (art. 769 LEC).

LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

La jurisdicción española viene limitada internacionalmente por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte (art. 36 LEC) y debe ser controlada de oficio en cualquier fase del procedimiento (art. 38 LEC). Las reglas para determinar la competencia judicial, se deben aplicar independientemente de la actividad de las partes (formulen o no declinatoria) y aunque Andorra no sea miembro de la Unión Europea (no es el criterio de pertenencia, sino la concurrencia o no de los fueros establecidos en la norma comunitaria lo que determina la competencia).

La resolución recurrida no tiene en cuenta el art. 21 LOPJ, que establece que "[l]os 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 los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas" y la parte recurrente yerra al invocar los arts. 22 y 22 quáter LOPJ, pues es de aplicación preferente el Derecho de la Unión Europea, aunque se trate de nacionales de un Estado no miembro.

En concreto, es aplicable el art. 3 del Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuyo art. 3 establece como Competencia general:

1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) 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 aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si 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 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";

b) de la **nacionalidad** de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (cfr. STJUE 16 de julio de 2009, Hadadi, asunto C 168/08, STJUE 13 de octubre de 2016, Mikolajczyk, asunto C 294/15 y STJUE 29 de noviembre de 2007, Sundelind López, asunto C 68/07) ha declarado, en primer lugar, que el artículo 3 del Reglamento prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo son alternativos en materia de disolución del vínculo matrimonial, no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía y de lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el artículo 3, incluidas las enunciadas en el apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, de dicho artículo, tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges. Ha sostenido que aun cuando el apartado 1, letra a), guiones primero a cuarto, se refiere expresamente a los criterios de residencia habitual de los cónyuges y de residencia habitual del demandado, tanto el apartado 1, letra a), quinto guión, como el apartado 1, letra a), sexto guión permiten la aplicación de la norma de competencia del *forum actoris*. Ha añadido que tal interpretación responde también a la finalidad perseguida por este Reglamento, que ha establecido normas de conflicto 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 competencia.

Esta regla de competencia también es aplicable cuando ambos litigantes son extranjeros, si uno de ellos vive en España (SAP, Civil sección 18 del 20 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP B 13088/2017 - ECLI:ES:APB:2017:13088) AAP, Civil sección 18 del 20 de octubre de 2017 (ROJ: AAP B 7521/2017 - ECLI:ES:APB:2017:7521A), es intrascendente la **nacionalidad** de los cónyuges (SAP Barcelona, a 31 de marzo



de 2017 - ROJ: SAP B 10694/2017, SAP Barcelona, a 23 de julio de 2015 - ROJ: SAP B 8046/2015 y AAP, Civil sección 18 del 07 de marzo de 2018 (ROJ: AAP B 605/2018 - ECLI:ES:APB:2018:605A).

No juega aquí el criterio de **nacionalidad** común del art. 3.1 b) (que no se da), pero sí que la Sra. Aurelia viene residiendo en España al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y que es española, nacional del Estado miembro en cuestión. La demandante no ha acreditado que siga viviendo en el domicilio conyugal, pues en la demanda admite residir en Santa Cristina d'Aro (Girona) y aunque desde el 8 de abril de 2013 se dio de baja en el Padrón y en la baja hace designación de domicilio en Andorra, sin concretar (f.21), no se ha puesto en duda por ninguno de los litigantes que, al menos desde el 12 de marzo de 2017, la demandante reside en España. Además, advera este dato el que, cesada la convivencia en 2016, en enero de 2015 la Sra. Aurelia vivía en el PASEO000 (f.22), otorga poder para pleitos el 5 de julio de 2017 (f.17) con indicación de domicilio en Santa Cristina y que ambos esposos han desarrollado actividades económicas a través de diversas empresas, centrando su centro de actividad en nuestro país.

Debe concluirse que la jurisdicción española es competente.

2. LAS COSTAS

Las costas del recurso no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC.

PARTE DISPOSITIVA

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la resolución apelada.
2. Desestimamos la declinatoria de jurisdicción y declaramos competente al Juzgado español.
3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Al haberse estimado el recurso hágase devolución del depósito constituido, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009).

Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.