



Roj: **SAP TF 2033/2018 - ECLI:ES:APTF:2018:2033**

Id Cendoj: **38038370012018100470**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2018**

Nº de Recurso: **259/2018**

Nº de Resolución: **503/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA RODERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: DAV

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000259/2018

NIG: 3800642120170005263

Resolución: Sentencia 000503/2018

Proc. origen: Familia. Divorcio contencioso Nº proc. origen: 0000691/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Arona

Apelado: Celia

Apelante: Apolonio ; Abogado: Leopoldo Mesa Hernandez; Procurador: Maria Milagros Iglesias Souto

**SENTENCIA**

Illmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA

En Santa Cruz de Tenerife, a 25 de octubre de dos mil dieciocho.

Visto por los Illmos./a Sres./a. Magistrados/a arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de Divorcio contencioso nº 691/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona, promovidos por D. Apolonio, representado por la Procuradora Dña. María Milagros Iglesias Souto, y asistido por el Letrado D. Leopoldo Mesa Hernández, contra Doña Celia; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente el Illmo. Sr. D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA, con base en los siguientes:



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Iltra. Sra. Dña. María de los Ángeles Antón Padilla, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arona, dictó sentencia el 20 de marzo de 2018 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Que declaro de oficio la Falta de Jurisdicción y Competencia para conocer del presente procedimiento, por lo que no se estima la petición de divorcio.

No se hace especial pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, sin que se haya presentado escrito de adhesión u oposición al recurso interpuesto de contrario, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 25 de octubre de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la instancia y por el que se declara de oficio la falta de jurisdicción y competencia y, por ello, desestima la demanda de divorcio, se interpone el presente recurso por la parte demandante afirmando que los tribunales españoles tienen plena competencia para el conocimiento del asunto por tener el demandante su residencia habitual en España al menos un año antes de la presentación de la demanda.-

SEGUNDO.- El recurso se fundamenta en la no aplicación por la resolución recurrida del Reglamento de la Unión Europea de 27-11-03 a tenor de cual sí sería competente la jurisdicción española por tener el actor su residencia habitual en España al menos un año antes de la presentación de la demanda, y también, en su caso, por aplicación del art. 22 de la LOPJ .-

Deben destacarse las siguientes premisas de hecho:

1º.- Que se interpone una demanda de divorcio respecto de un matrimonio entre las partes, de **nacionalidad cubana** ambos, y contraído en Cuba, pero que no consta inscrito en ningún Registro español.- El documento 1 de demanda consiste en una copia de la certificación de matrimonio expedida por la República de Cuba en cuyo margen lo único que consta es que el Consulado General de España en La Habana pone el visto bueno en el documento para legalizar la firma y/o el sello pero no la inscripción del matrimonio en Registro español.-

2º.- Que la actora reside en el municipio de Arona al menos desde el 22 de agosto de 2011 como obra en el certificado de empadronamiento al folio 13 de autos).-

TERCERO.- Partiendo de las anteriores premisas, la competencia de los tribunales españoles viene determinada, con carácter principal, por el Reglamento (CE) nº 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.- A tenor de su artículo 3 , "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. "-

Y en su art. 6 se sanciona el "Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5" para establecer que "Un cónyuge que:

a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien

b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su "domicile" en el territorio de uno de estos dos Estados miembros,

sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5."-

Por último mencionar que el art. 7.1 sanciona que "Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado."

Lo primero que debe afirmarse es la plena aplicación de este Reglamento al caso de autos al tener desde el 2011 el actor su residencia en España, como así se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia 624/2017, de 21 de noviembre. - En esta resolución el AI to Tribunal expone que "Su ámbito de aplicación viene regulado en los arts. 6 y 7. Según resulta de estos preceptos, en el caso de que ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro resulte competente con arreglo al Reglamento, y con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro y de que resida o no habitualmente en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden declararse competentes a través de los foros contenidos en sus normas de producción interna.", y con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007 cuando afirma "Por tanto, el Reglamento n.º 2201/2003 también se aplica a los nacionales de Estados terceros que presenten vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en dicho Reglamento, criterios que, según el duodécimo considerando del Reglamento n.º 1347/2000, se basan en el principio de que debe existir un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia"-.

Y sigue añadiendo esta resolución que "Los foros del art. 3 del Reglamento, como puso de relieve esta sala en la sentencia 710/2015, de 16 de diciembre, son alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos: basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes."

Por lo tanto, aplicando la doctrina expuesta los tribunales españoles tiene competencia por no haberse cuestionado por ningún otro estado miembro y tener el actor su residencia habitual en España más de un año desde la presentación de la demanda.

Y aún acudiendo a los subsidiarios criterios de la normativa española, la conclusión sería la misma.- Los arts. 21 y 22 quáter de la LOPJ disponen que "1. 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 los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas". (art 21). En el segundo de los mencionados, en su apartado c, nos dice que "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 caso de 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".-

CUARTO.- Partiendo que el recurso debe ser estimado en el sentido de declarar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la presente demanda, la última cuestión a abordar es las consecuencias de esta declaración, que debe ser la declaración de nulidad de la resolución recurrida a los efectos que el por el Juzgado de instancia se dicte la que estime oportuna en cuanto al fondo del asunto si estima que concurren los presupuestos legales, y ello porque las normas de competencia son de orden público por lo que aún cuando el recurrente no lo inste así expresamente, la revocación de un pronunciamiento que estima una falta de competencia internacional solo puede llevar aparejada su declaración de nulidad.- Y porque de otra forma se estaría privando a la parte de su derecho a una segunda instancia en tanto que el pronunciamiento sobre el fondo de su pretensión no ha recaído.- Debe, por último, tenerse presente que no consta aportado la documentación exigida por el art. 770.1ª de la LEC (documento que acredite la inscripción en el Registro del matrimonio) ni que se haya dado plazo a la parte para subsanar este defecto (para lo que este Tribunal carece



de competencia), y ello de estimarse necesario que se aporte tal documento, pronunciamientos todos ellos que competen al juzgadora a quo.-

En consecuencia, procede estimar el recurso declara la nulidad y dejar sin efecto la resolución recurrida y acordar la continuación del procedimiento por sus ordinarios trámites en la forma acordada en la presente.-

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la L.E.C ., no procede expresa imposición de las costas de esta alzada al ser el recurso estimado.- En cuanto a las de la instancia tampoco procede especial pronunciamiento atendiendo a la especial naturaleza de este procedimiento.-

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Apolonio , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, revocando la sentencia recurrida en el sentido de declarar la nulidad de lo misma, retrotrayéndose las actuaciones para la continuación del procedimiento en los términos señalados en el fundamento de derecho cuarto de la presente, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.-

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional ( art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél ( Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída ante mí por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente Don ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA en audiencia pública, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.