



Roj: **AAP TO 100/2019 - ECLI:ES:APTO:2019:100A**

Id Cendoj: **45168370012019200058**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **22/01/2019**

Nº de Recurso: **1291/2018**

Nº de Resolución: **4/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Rollo Núm. ....1291/2018.-**

Juzg. 1ª Inst. Núm.....5 de DIRECCION000 .-

**J. Div. Contencioso Núm...490/2017.-**

**A U T O Núm. 4**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION PRIMERA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. EMILIO BUCETA MILLER**

**D. URBANO SUAREZ SANCHEZ**

**Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

En la Ciudad de Toledo, a veintidós de enero de dos mil diecinueve.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en **NO MBRE DEL REY**, la siguiente,

**A U T O**

Visto el presente recurso de apelación, Rollo de la Sección núm. 1291 de 2018, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de DIRECCION000 , en Divorcio Contencioso Núm. 490/2017, en el que han actuado, como apelante Tatiana , representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Marco Gutiérrez, y defendida por la Letrada Sra. López Borondo, y como apelado Guillermo , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. González Plata.

Es Ponente de la causa el Ilma. Sra. Magistrada Dña. GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE, que expresa el parecer de la Sección, y son,

**ANTECEDENTES:**

**PRIMERO:** En el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de DIRECCION000 , se sigue Divorcio Contencioso Núm. 490/2017, a instancia de Tatiana , en el que con fecha 26 de abril de 2018, se dictó auto, en cuya Parte Dispositiva se acordaba "Que este órgano judicial ha de abstenerse del conocimiento de la demanda presentada por Tatiana , frente a Guillermo , por carecer de competencia internacional en virtud de los hechos y fundamentos expuestos en esta resolución".-



**SEGUNDO:** Formulado por escrito el recurso y admitido a trámite, se remitieron los autos a esta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, nombrándose Magistrado- Ponente y quedando vistos para deliberación y resolución.-

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS:

**PRIMERO:** Se alza la apelante contra el auto por el que se declinaba conocer del asunto por el Juzgado de Primera Instancia num 5 de DIRECCION000 por carecer de competencia internacional

No dice mucho mas el auto apelado aunque ninguna de las partes ha alegado tal falta de motivación de la decisión, si bien de todas las fundamentaciones de ambos recursos aparece que la demandante es española y el demandado es de **nacionalidad** marroquí, habiendo vivido ambos en España y habiendo nacido en España 4 hijos del matrimonio que llevan años escolarizados en Marruecos durante años. La parte ahora apelante sostiene que la residencia de los esposos aun asi se mantuvo en España, y la parte demandada sostiene que la familia ha vivido en Marruecos hasta el 2017 y sobre ello se apoya su petición de falta de competencia del Juzgado español para conocer del asunto

**SEGUNDO:** Conforme al art 22 quarter c) de la LOPJ los Tribunales españoles son competentes en materia de relaciones personales y patrimoniales entre conyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos conyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su ultima 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 conyuges 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, asi como cuando ambos conyuges tengan **nacionalidad** española

Pues bien como se puede apreciar la competencia de un Tribunal español en procedimientos de separación o divorcio , que es el objeto de este procedimiento, en absoluto tiene en cuenta el lugar de residencia de los hijos menores que puedan haber nacido del matrimonio y asi el que estos lleven años escolarizados en Marruecos en este caso (lo que admiten ambas partes) es absolutamente irrelevante para determinar la decisión del auto apelado

Lo relevante seria que la demandante es española y alega haber residido desde hace años en España y que la demandante afirma que en España se halla el ultimo domicilio habitual de su matrimonio con el demandado, con lo que podría concluirse la jurisdicción de los Tribunales españoles

La parte demandada, la que pretende que el Tribunal español no es competente para conocer del asunto, ha aportado unos certificados de escolarización de los hijos en Marruecos (extremo no controvertido, pero como se ha explicado irrelevante a estos concretos efectos que nos ocupan, sin perjuicio de las consecuencias en su caso respecto de las ayudas que sus padres reciben de España por ellos) y una certificación de que el demandado reside en Marruecos emitida en Marzo de 2018, y que se dice comprobada en Febrero de 2018, en la cual se señala que esta casado con la demandante y tiene cuatro hijos, pero no se determina desde cuando tiene esta residencia en Marruecos el demandante, ni si con el ha residido su esposa de forma continuada y desde que fecha y hasta que fecha.

La parte demandante aporta certificados de empadronamiento de los esposos en DIRECCION000 , y asi figuraban a Julio de 2017 (demanda de septiembre de 2017) y certificación de que se percibia a nombre del demandado, el cual ahora mantiene que desde hace años no reside ni el ni su familia en España, una ayuda por hijo a cargo de la Seguridad Social en España y asi consta que la sigue percibiendo a marzo de 2018 tras la presentación de la demanda

Además consta en la averiguación patrimonial domiciliaria practicada al inicio de este procedimiento que tras la actualización de datos realizada en julio de 2016, el demandante también vivía en DIRECCION000 (AEAT o INE)

Si algo consta de lo expuesto no es que toda la familia viviera en Marruecos y también la demandante, ni que ella haya abandonado allí su familia para volver a España como se alega por el demandado, sino que los esposos, aparte el cuidado de los hijos por la familia de Marruecos, vivian en España hasta la separación, momento en que se fue el demandante a Marruecos, debiendo tenerse en cuenta lo fácil que le hubiera sido a este probar su anterior residencia habitual en su país y la de la demandante con el antes de la separación, como pretende en su recurso. En fin, estamos ante el caso de que lo que consta como ultimo domicilio conyugal de los litigantes es DIRECCION000 donde sigue residiendo la demandante y con el art 22 quarter c) de la LOPJ la decisión del auto apelado no puede ser confirmada pues no consta que el Juzgado español no tenga



competencia para conocer del asunto, según lo que hasta ahora consta a estas alturas en la causa, sin perjuicio de lo que pueda decidirse si realmente conste una circunstancia que permita por el art 38 de la LEC decidir en otro sentido que lo es tan pronto sea advertida con suficiente certeza la falta de jurisdicción, y aun cuando antes no hubiera apreciado el mismo, si bien en este momento ello no consta.

El recurso debe prosperar

**TERCERO:** No procede efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

**PARTE DISPOSITIVA:**

**La Sala ACUERDA:** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Tatiana contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de DIRECCION000, con fecha 26 de abril de 2018, en el procedimiento Divorcio Contencioso Núm. 490/2017, y en consecuencia debemos revocar y revocamos el citado auto apelado que queda sin efecto, todo ello acordando como acordamos que el Juzgado de procedencia continúe la tramitación de la causa conforme a lo que legalmente procede por ser competente para ello ante lo que hasta este momento consta, sin perjuicio de las decisiones que procedan en el futuro de constar con certeza circunstancia distinta, todo ello sin imponer a ninguna de las partes el pago de las costas causadas y ordenando la devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir.-

Lo mandaron y firman el Sr. Presidente y Magistrados del margen. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL C-100/18