



Roj: **AAP L 264/2019 - ECLI:ES:APL:2019:264A**

Id Cendoj: **25120370022019200129**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **13/06/2019**

Nº de Recurso: **514/2019**

Nº de Resolución: **136/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERT MONTELL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Secció núm. 02 de l'Audiència Provincial de Lleida. Civil

Carrer Canyeret, 1 - Lleida

25007 Lleida

Tel. 973705820

Fax: 973700281

A/e: aps2.lleida@xij.gencat.cat

NIG 2520742120188230331

Recurs d'apel·lació 514/2019 B

Matèria: Procediment Ordinari

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 1 de Solsona

Procediment d'origen: Divorci contenciós 436/2018

Part recurrent / Sol·licitant: Carla ,

Procurador/a: ALBERT RAMBLA FABREGAS

Advocat/ada: JUAN ESCUDERO CLARAMUNT

Part contra la qual s'interposa el recurs: Octavio

Procurador/a: Maria Jose Altisent Camarasa

Advocat/ada: JOSEP MARIA SIMON SOLANO

INTERLOCUTÒRIA 136/2019

President:

Il·lm. Sr. Albert Montell Garcia

Magistrades:

Il·lma. Sra. Maria Carmen Bernat Álvarez

Il·lma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda

Lleida, 13 de juny de 2019

FETS

PRIMER . El 13 de maig de 2019 es van rebre les actuacions de Divorci contenciós 436/2018, procedents del Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 1 de Solsona, a fi de resoldre el recurs d'apel·lació



lació interposat pel procurador Albert Rambla Fabregas, en representació de Carla ,, contra Interlocutòria - 30/01/2019, en què consta com a part apel·lada la procuradora Maria Jose Altisent Camarasa, en representació de Octavio . Intervé el MINISTERI FISCAL.

SEGON . El contingut de la part dispositiva de la interlocutòria objecte de recurs és el següent:

"PART DISPOSITIVA

Estimo la declinatòria de jurisdicció interposada per la part demandada i:

1r. Declaro que aquest Jutjat manca de jurisdicció per conèixer de la demanda, que escau interposar davant els Tribunals d'Andorra.

2n. Disposo la finalització d'aquest procediment.

3r. Imposo a l'actora les costes causades en la tramitació de la declinatòria."

TERCER . El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos.

QUART . En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals essencials aplicables al cas.

Es va assenyalar la data per dur a terme la deliberació, votació i decisió, que han tingut lloc el 13/06/2019.

Es va designar com a ponent al magistrat Albert Montell Garcia .

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- La interlocutòria recorreguda estima la declinatòria de competència internacional plantejada pel demandat en procediment de divorci, Sr. Octavio , per considerar competent la jurisdicció dels tribunals del Principat d'Andorra, en aplicació de l' art. 22 quàter c) de la LOPJ . Basa aquest pronunciament en què el procediment de divorci instat per la Sra. Carla davant el Jutjat de Primera Instància de Solsona és contenciós i no de mutu acord, com sosté la demandant, i en tenir el demandat la nacionalitat andorrana i residir habitualment al Principat d'Andorra, on també resideixen els fills del matrimoni, també de nacionalitat andorrana. És també d'interès que la resolució de primer grau considera acreditat que l'actora fa ús durant bona part de l'any del que va ser domicili familiar a Andorra. Contra aquesta resolució interposa recurs la Sra. Carla .

SEGON.- Per poder determinar la jurisdicció competent cal identificar correctament la normativa aplicable. En primer lloc, no es comparteix que no sigui aplicable el Reglament (CE) núm. 2201/2003 del Consell, de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, que deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, i que es coneix com a Reglament Brussel·les II bis. Així ho considera la resolució apel·lada pel fet que el demandat sigui nacional d'un país tercer, el Principat d'Andorra, on a més, hi resideix junt amb els fills del matrimoni, els quals també tenen la nacionalitat andorrana. El Reglament 2201/2003 té un àmbit d'aplicació universal, amb independència que els cònjuges siguin nacionals d'estats membres de la Unió Europea i de que hi estiguin domiciliats o no. Així resulta del contingut del seu art. 3 , on només s'utilitza el punt de connexió de la nacionalitat en un dels set furs que recull. Convé recordar ara que aquest Reglament té per objecte determinar la competència judicial internacional, però no la llei aplicable al cas ni la competència territorial. La seva aplicació universal ha estat declarada pel TJUE a la seva sentència de 29-11-07, assumpte C-68/07 , Kerstin Sundelind López y Miguel Enrique López Lizazo. En aquest cas, la Sra. Sundelind era de nacionalitat sueca, el Sr. López de nacionalitat cubana i el matrimoni va residir a França fins la separació de fet, arran de la qual el Sr. López va tornar a Cuba. Diu aquesta resolució del TSJUE que: "En efecto, como se desprende de los considerandos cuarto y octavo del Reglamento nº 1347/2000, cuyas disposiciones sobre la competencia en asuntos relativos al divorcio han sido retomadas en lo fundamental por el Reglamento nº 2201/2003, éste tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. Por tanto, el Reglamento nº 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 nº 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" (la cursiva és nostra). El Tribunal Suprem a la seva sentència de 21-12-17 també ha admès la seva aplicació "con independència de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro". Ara bé, el propi Reglament preveu el cas que com a resultat d'aplicar els furs de l'art. 3 el Tribunal d'un Estat membre de la UE no resulti competent. En aquest supòsit permet que el Tribunal d'un Estat membre pugui acudir a les normes de jurisdicció internacional



nacionals (que és el que ha fet aquí la interlocutòria apel·lada), sempre que concorrin dos requisits: 1.- que els arts. 3, 4 i 5 no siguin d'aplicació exclusiva, i segons l'art. 6 són exclusius quan el demandat tingui la residència habitual a un estat membre o sigui nacional d'un estat membre; i 2.- que cap altre Estat membre no sigui competent segons els arts 3, 4 i 5. Aquest seria el cas que ara ens trobem, atès que el demandat compleix el primer requisit al tenir la residència habitual a Andorra i la nacionalitat andorrana, per la qual cosa els furs dels arts. 3 a 5 no són d'aplicació exclusiva i, segons el que resulta de la prova aportada, al marge de la possible competència dels Tribunals del Regne d'Espanya que és el que ara hem de determinar, cap altre Estat de la UE podria ser competent. En conseqüència, si per aplicació dels furs de l' art. 3 del Reglament s'arribés a la conclusió que no fos competent la jurisdicció espanyola, s'hauria d'acudir a la normativa nacional per esbrinar la jurisdicció competent, en el nostre cas, l' art. 22 quàter c) de la LOPJ , com finalment fa la interlocutòria apel·lada.

TERCER.- D'una manera més detallada ho explica la STS de 21-11-17 , que raona el següent amb referència als arts. 6 i 7 del Reglament: "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.

Conforme a los arts. 6 y 7:

"Artículo 6. Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5.

"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 domicilio 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.

"Artículo 7. Competencia residual.

"1. 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.

"2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la **nacionalidad** de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados.

Respecto de estos preceptos, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007 (Kerstin Sundelind López y Miguel Enrique López Lizazo), en el asunto C-68/07 , ha declarado:

"Los artículos 6 y 7 del Reglamento (CE) n.º 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 , en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede, deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento".

Según el Tribunal de Justicia, la aplicación del art. 7 no depende de las circunstancias de la parte demandada, sino de que no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro con arreglo a los artículos 3 a 5 del Reglamento n.º 2201/2003 :

"Como se desprende de los considerandos cuarto y octavo del Reglamento n.º 1347/2000, cuyas disposiciones sobre la competencia en asuntos relativos al divorcio han sido retomadas en lo fundamental por el Reglamento n.º 2201/2003, este tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. 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".

En el caso, por tanto, para apreciar si debe acudir a la LOPJ es preciso excluir primero que, por aplicación del art. 3 del Reglamento, los tribunales españoles (o los de otro Estado miembro, lo que en el caso no se discute) no son competentes".

QUART.- Procedint a aplicar l'art. 3 del Reglament, aquest estableix un total de set furs. Segons la seva redacció es tracta de furs alternatius entre els quals no existeix cap jerarquia, per la qual cosa el demandant pot triar-ne qualsevol. Per tant, como diu la STS de 21-11-17 : "basta con que concurra uno cualquiera de los siete foros de competencia judicial internacional, los tribunales españoles son competentes". Així ho ha dit també el TJUE a la sentència de 13-10-16 (Edyta Mikolajczyk y Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki), assumpte C- 294/15 , que diu:

"46. En cuanto al contexto en el que se inscribe el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003 , de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este artículo 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 48).

47. De lo anterior se deduce que el sistema de reparto de competencias instaurado por el Reglamento n.º 2201/2003 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 (sentencia de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 49)".

CINQUÈ.- De tots els furs alternatius que disposa l'art. 3 és obvi, tal i com indica el Sr. Jutge d'Instància, que no ens trobem davant un procediment de divorci de mutu acord, com sosté la demandant Sra. Carla , o més ben dit, no ens trobem davant un supòsit de "demanda conjunta" (quart guió de l'art. 3 a), per la qual cosa aquest fur no és aplicable. El procediment de divorci entre la Sra. Carla i el Sr. Octavio és contenciós, com denota el simple fet de la presentació de la declinatòria de jurisdicció internacional efectuada per aquest darrer. No existeix, doncs, una acceptació expressa "o de qualquier otra forma inequívoca" (ex. art. 12.1 b. del Reglament), de la jurisdicció espanyola. En relació a la resta de furs, el punt de connexió és la residència habitual. Les parts litigants han centrat les seves argumentacions sobre quin és el veritable domicili de demandant i demandat. Per determinar-ho, però, no és aplicable la normativa nacional (ni d'Espanya ni d'Andorra), tota vegada que fem aplicació del Reglament 2201/2003, el qual no realitza cap remissió a la normativa nacional o al dret intern, per la qual cosa s'ha d'integrar aquest concepte del contingut del propi Reglament i de la seva finalitat. Així ho ha indicat reiteradament el TJUE, com per exemple, a la ja esmentada sentència de 13-10-16 (Edyta Mikolajczyk y Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki), assumpte C- 294/15 , que fa:

"48. En relación con los criterios enumerados en el artículo 3, apartado 1, letra a), del citado Reglamento, el Tribunal de Justicia ha declarado que éstos se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges (sentencia de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 50).

49. De lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003 , 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.

50. 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de noviembre de 2007 , Sundelind López, C-68/07 , EU:C:2007:740 , apartado 26)".

Aquesta jurisprudència del TJUE també ha estat recollida per la STS de 21-11-17 , que diu: "De todo lo anterior se desprende que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados miembros y que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar. Por residencia habitual debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia, el lugar donde la persona ha establecido su centro habitual o permanente de intereses, teniendo en cuenta todos los datos relevantes que puedan considerarse para determinar tal residencia.

Otros Tribunales Supremos nacionales europeos han tenido ocasión de declarar que el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis, de acuerdo con su finalidad, atiende al lugar en el que el interesado



ha fijado con carácter de estabilidad el centro permanente o habitual de sus intereses, con clara naturaleza sustancial y no meramente formal o derivada de la inscripción en registros oficiales, por lo que lo relevante es identificar la residencia efectiva en el sentido del propio Reglamento, el lugar del concreto y efectivo desarrollo de la vida personal y, eventualmente profesional, de la persona [Cass. civ. Italia (Ord.), Sezione Unite, 17 febbraio 2010, n. 3680; Cass. civ. Italia, Sezione Unite, 25 giugno 2010, n. 15328]. Esta residencia habitual a la que se refiere el Reglamento no exige que sea exclusiva y basta un vínculo objetivo, real y serio, sin que sea suficiente para excluirla el motivo de haber conservado un domicilio personal, fiscal, ni estar inscrito en el censo electoral de otro lugar (Cour de cassation française, Premier Ch. civ. 1, 14 décembre 2005, n.º pourvoi 05-10951)".

SISÈ.- En el cas que ens ocupa, el demandat té nacionalitat andorrana, país on resideix. També són andorrans els fills dels litigants, i resideixen al Principat d'Andorra, on estan escolaritzats. Ambdós progenitors tenen atribuïda la guarda compartida dels fills per sentència de separació de la Batllia d'Andorra finalment adoptada de mutu acord, en data de 4-9-18. La demandant Sra. Carla admet al seu escrit de demanda de divorci presentada el 29-10-18 al Jutjat de Solsona, gairebé dos mesos després de la sentència de separació, que resideix a Andorra durant les setmanes que li correspon la custòdia dels fills durant el curs lectiu, i això, a més, ho faria, des de la interlocutòria de 25-5-16 que aprova les mesures prèvies a la separació on també es va establir una guarda compartida setmanal. Atès que els fills estan escolaritzats a Andorra des de 2014, segons consta al certificat aportat al procés, també cal presumir que realitzen al Principat d'Andorra les seves activitats extraescolars, i atès que ambdós progenitors tenen la guarda compartida en períodes setmanals des del 25-5-16, apareix aquí un fort element que determina que és Andorra on es troba el centre permanent i habitual dels interessos del demandat Sr. Octavio i, per tant, la seva residència habitual segons el que considera com a tal el Reglament. A més, aquest és de nacionalitat andorrana i és titular de diferents societats que, encara que puguin tenir centres d'activitat en diferents països, també en tenen al Principat d'Andorra. S'hi afegeix que tant a les mesures provisionals prèvies com a la sentència de separació s'atribueix l'ús del domicili familiar a la Sra. Carla, el qual es troba a Andorra, en concret, a Escaldes-Engordany, on els fills dels litigants estan empadronats des de 2014. La consideració, doncs, d'Andorra com a lloc de residència habitual, en els termes del Reglament, no només del demandat si no també de tota la família, queda reforçada perquè a l'escrit de contestació a les mesures prèvies, la Sra. Carla, després d'afirmar que "varem pujar a viure a Andorra" (textual), demana que li sigui atribuït l'ús del domicili familiar "entre altres raons perquè és rigorosament fals que vulgui marxar del Principat com s'afirma a la demanda" (també textual), per dir també que "està totalment justificat que la senyora Carla romanguí en la que era fis a la data el domicili conjugal, perquè aquesta pugui ocupar-se dels menors sense crear-los cap trasbals". I en compliment dels acords del conveni de separació, en data 6-8-18, els ara litigants atorguen escriptura notarial de reducció de capital d'una societat, en la qual tots dos fan constar que viuen a Andorra, com també ho fa constar la Sra. Carla al rebut que signa el mateix dia 6-8-18, justificant el cobrament de 603.500 €, en concret, al domicili familiar d'Escaldes-Engordany.

SETÈ.- Atès que el demandat té el domicili habitual al Principat d'Andorra, no és competent la jurisdicció espanyola, segons l'art. 3 del Reglament, i al no tenir caràcter exclusiu (art. 6) perquè el demandat Sr. Carla no resideix ni té la nacionalitat de cap Estat membre de la UE, per efecte del que disposa l'art. 7 del Reglament, la competència s'ha de determinar segons les lleis del Regne d'Espanya, tal i com s'ha raonat anteriorment. Això suposa que cal estar a l'art. 22 quàter c) de la LOPJ, que com s'ha dit, ha estat aplicat pel Sr. Jutge d'instància, per bé que sense el pas previ pel Reglament 2201/2003. Descartat que ens trobem en un procediment de mutu acord, i atès que el demandat té residència habitual a Andorra, té la nacionalitat Andorrana i la darrera residència familiar ha estat a Andorra, segons el dret intern espanyol, no és competent la jurisdicció dels Tribunals espanyols, com encertadament conclou la resolució apel·lada fent aplicació de l'esmentat art. 22 quàter c). El recurs, doncs, ha de ser desestimat.

VUITÈ.- No escau efectuar pronunciament pel que fa a les costes.

Atesos els anteriors articles i els altres de general i pertinent aplicació,

PART DISPOSITIVA

Desestimem el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de la Sra. Carla, contra la interlocutòria de 30-1-19 dictada pel Jutjat de Primera Instància de Solsona, en procediment de divorci contenciós núm. 436/18, que confirmem. No escau efectuar pronunciament pel que fa a les costes causades en segona instància.

Finalment, respecte del dipòsit constituït per la part recurrent, cal disposar el que escaigui de conformitat amb el que estableix la disposició addicional 15a de la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ).

Contra aquesta resolució no s'hi pot interposar cap recurs.



Així ho manem i ho signem.

Els magistrats

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ