



Roj: **STS 4113/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4113**

Id Cendoj: **28079110012017100598**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2017**

Nº de Recurso: **2202/2016**

Nº de Resolución: **624/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Villaviciosa, núm. 1, 22-12-2015,**
SAP O 1443/2016,
STS 4113/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 624/2017

Fecha de sentencia: 21/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2202/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIJÓN. SECCIÓN 7.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2202/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 624/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Marí Juana , representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira bajo la dirección letrada de D.^a Isabel María Arias Brizuela, contra la sentencia dictada el 5 de mayo de 2016 por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón en el recurso de apelación n.º 151/2016 dimanante de las actuaciones del procedimiento de divorcio n.º 390/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Villaviciosa. Ha sido parte recurrida D. Benjamín , representado por la procuradora D.^a Mercedes Basterreche Arcocha y bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Pueyo Puente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Benjamín , interpuso demanda de divorcio contra D.^a Marí Juana en la que solicitaba se dictara sentencia por la cual se declare:

«1.º- La disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D. Benjamín y D.^a Marí Juana ».

2.- La demanda fue presentada el 16 de junio de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa y fue registrada con el n.º 390/2015 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.^a Marí Juana , plantea declinatoria de jurisdicción por carecer ese Juzgado de competencia, correspondiendo el conocimiento de la demanda a los Tribunales de Dubai y solicitando por ello la suspensión del procedimiento en tanto no se resuelva esta declinatoria.

4.- Tras los trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa dicta auto de fecha 31 de julio de 2015 desestimando la declinatoria planteada por la parte demandada.

5.- D.^a Marí Juana contesta *ad cautelam* a la demanda de divorcio mediante escrito en el que solicita:

«...se dicte resolución por la que se declare la falta de competencia internacional de los Juzgados de Villaviciosa y, en consecuencia, se desestime la demanda interpuesta por don Benjamín ».

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza por sustitución del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Villaviciosa dictó sentencia n.º 166 de fecha 22 de diciembre de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda formulada por don Fernando Lorenzo Álvarez procurador de los tribunales en nombre y representación de don Benjamín contra doña Marí Juana , representada por el procurador de los tribunales don Francisco Robledo Trabanco debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia:

»-Debo declarar disuelto por divorcio el matrimonio celebrado el día 18 de octubre de 2008, en las Vegas (Nevada) entre D. Benjamín y D.^a Marí Juana , con todos los efectos inherentes a dicha declaración.

»-Que no se efectúa declaración en cuanto a costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Marí Juana .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 151/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de mayo de 2016 , cuyo fallo dispone:

«Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Marí Juana , contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2015 , dictada en los autos de divorcio 390/15, que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia número uno de Villaviciosa, que debemos confirmar y confirmamos en todos sus pronunciamientos, con imposición a la apelante de las costas de alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.^a Marí Juana , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.



Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.º de la LEC , por infracción de art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -por inaplicación- que regula la competencia de los tribunales españoles al atribuir dicha competencia a los tribunales españoles en aplicación del art. 3 del Reglamento de la unión Europea 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas II bis).

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de mi representada reconocido en el artículo 24 de la Constitución , al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda».

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Al amparo del artículo 477.1 y 477.2.3.º de la LEC , por infracción -por indebida aplicación-, del artículo 40 del Código Civil , en relación al artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, por oponerse a la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación y aplicación de dicho precepto en lo que se refiere al concepto de residencia habitual».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.^a Marí Juana contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 5 de mayo de 2016, por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7.^a, en el rollo de apelación n.º 151/2016 , dimanante del procedimiento de divorcio contencioso n.º 390/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Villaviciosa».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la determinación de la residencia habitual de un esposo de nacionalidad española a efectos de valorar la competencia de los tribunales españoles.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- La sra. Marí Juana (de doble nacionalidad británica y egipcia) y el sr. Benjamín (nacional español) contrajeron matrimonio el día 18 de octubre de 2008 en las Vegas (Nevada).

El 16 de junio de 2015 el sr. Benjamín presenta demanda de divorcio contra la sra. Marí Juana en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villaviciosa. Justifica la competencia del Juzgado con la cita: 1) del art. 3.1.a) del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II bis) por el hecho de haber residido en España, en concreto en Villaviciosa, los seis meses anteriores a la interposición de la demanda; y 2) del art. 769.1 LEC .

Admitida a trámite la demanda por decreto de 23 de junio de 2015 y citada la sra. Marí Juana , presenta escrito en el que promueve declinatoria de jurisdicción, alegando que el tribunal carece de competencia para conocer sobre la solicitud de divorcio formulada, por corresponder el conocimiento de la demanda a los tribunales de Dubái.

El Juzgado dicta auto de 31 de julio de 2015 por el que resuelve la declinatoria desestimándola y declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, con cita del art. 3 Reglamento Bruselas II bis y del art. 22.3 LOPJ 1985 (en la redacción en vigor hasta el 1 de octubre de 2015) y la territorial del propio Juzgado para conocer de la demanda de divorcio contencioso. Tiene en cuenta el Juzgado que el demandante es de nacionalidad española y aparenta arraigo familiar y mercantil en España y la demandada tiene nacionalidad británica pero sin conexión jurídica que determine la competencia de los tribunales británicos, en atención a la residencia habitual que ella misma afirma en Dubái.



Interpuesto recurso de reposición por la sra. Marí Juana , es desestimado por auto de 14 de octubre de 2015 que, tras reiterar el análisis del art. 3 del Reglamento Bruselas II bis, añade como fundamento de su decisión para rebatir las alegaciones de la demandada:

«Entrando en el fondo de la cuestión planteada, que no parece tampoco siquiera acreditarse, pese a la documentación aportada, que el demandante tenga residencia habitual en el país de Dubái. Así se colige de actos propios de la demandada, la cual presentó ante el presente Juzgado denuncia contra el demandante por la presunta comisión de delito cometido dentro del ámbito de la violencia de género, interesando asimismo orden de protección (con prohibición de alejamiento y comunicación). De la declaración prestada en el presente Juzgado, se dice textualmente por la misma que "el demandante vive actualmente en Bilbao" y, posteriormente "el se fue de casa (refiriéndose a la que ambos tienen en la localidad de Villaviciosa), cogiendo sus cosas, esto ocurriría el 13 de abril (del presente año).

»De todo ello, se desprende (sin perjuicio de los desplazamientos del demandante a Dubái, lo cual no se pone en duda, debido a sus actividades profesionales o económicas), que el demandante tiene fijada su residencia en Bilbao; y que el último lugar de residencia habitual de los cónyuges fue Villaviciosa (donde actualmente vive la demandada), otro de los criterios para determinar la competencia a favor los tribunales españoles, en atención al artículo 3.1 del citado Reglamento».

En la contestación de la demanda, así como en el acto del juicio, la demandada insiste en la falta de competencia del Juzgado.

La sentencia del Juzgado estima la demanda y declara disuelto el matrimonio, sin hacer imposición de costas.

Por lo que se refiere a la competencia internacional, razona el Juzgado:

«[E]l demandante tiene su residencia en Bilbao, sin perjuicio de los desplazamientos de este a Dubái, debido a sus actividades profesionales y económicas y que el último lugar de residencia habitual de los cónyuges fue Villaviciosa, donde vive la demandada (documental presentada por la actora con la oposición a la declinatoria, en especial documentos 20 a 26 y 36).

»Igualmente mostramos conformidad (para la determinación de la competencia), con la aplicación del Reglamento 2201/2003 de 1 noviembre de 2003, fijando el artículo 3.1 siete foros alternativos (entre ellos bastando que concurra uno solo de ellos) de competencia judicial internacional: si en el territorio de dicho Estado miembro se encuentra la residencia habitual de los cónyuges; si en el territorio de ese Estado miembro se encuentra la residencia habitual de ambos cónyuges en el momento de presentación de la demanda; si estuvo en ese Estado miembro la residencia habitual de ambos, siempre que uno de ellos aún resida allí; si en ese estado miembro se encuentra la residencia habitual del demandado; si está en el Estado miembro la residencia habitual de cualquiera de ellos cuando la demanda de divorcio sea de mutuo acuerdo, si el demandado lleva residiendo en ese Estado miembro desde hace más de un año inmediatamente antes del momento en que presenta la demanda y no es nacional del foro; será competente el estado miembro de la residencia habitual del demandante si este es nacional de ese Estado miembro y reside habitualmente en el foro desde los seis meses anteriores a la presentación de la demanda; competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges».

2.- La sra. Marí Juana interpone recurso de apelación en el que insiste en la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer de la causa. Alega infracción de los arts. 36 , 38 y 58 LEC y 22 LOPJ en relación con el Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas II). Sostiene, en esencia, que ninguno de los foros alternativos del art. 3 del Reglamento Bruselas II bis resulta de aplicación porque el matrimonio, y el marido, tenían su residencia habitual en Dubái.

La apelante alega que, tras contraer matrimonio, trasladaron su domicilio a Dubái, donde ella era propietaria de una vivienda en la que residían, donde fundaron una sociedad que inició su actividad en enero de 2009 y de la que el esposo sería el «manager», cuya licencia comercial se renovó en enero de 2015, mientras que ella estaba vinculada con otras sociedades que operan en Dubái. Alega que el esposo está inscrito como residente en el consulado de Abu Dhabi como residente en Dubái, que renovó el 6 de abril de 2015 su solicitud de permiso de residencia a las autoridades de Dubái, que tiene una licencia de conducir expedida en marzo de 2010 en Dubái y licencias de circulación expedidas por los Emiratos Árabes Unidos a su nombre respecto de varios vehículos.

La parte apelada sostiene que, con independencia de su domicilio a efectos administrativos, su residencia habitual está en España, donde realiza su principal actividad empresarial; que el matrimonio residía en Villaviciosa, donde tienen una vivienda de su propiedad que adquirieron en diciembre de 2012 y que no es solo, frente a lo que sostiene la apelante, una residencia temporal y vacacional.



3.- La sentencia de segunda instancia desestima el recurso, confirma la sentencia de primera instancia y condena a la apelante a las costas de la alzada.

Por lo que se refiere a la competencia internacional, razona la Audiencia:

«Lo cierto es que, en primer lugar, cabe precisar que la actividad empresarial principal de demandante se desarrolla en España, en donde figura vinculado, de uno u otro modo, a once sociedades; acredita también, que la mayor parte del tiempo permanece en España, y de hecho entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, ha estado en Dubái entre el 4 y el 12 de diciembre de 2014, el 15 y el 20 de marzo de 2015 y entre el 4 y el 12 de abril de 2015, esto es 327 días ha permanecido en España. Consta además que efectivamente los litigantes tienen un lugar de residencia en Selorio (Villaviciosa), siendo de destacar que la apelante interpuso una denuncia el 19 de mayo de 2015, en donde se manifiesta que el matrimonio ha venido alternando su residencia en Dubái con estancias en Selorio y en donde expresa su intención de permanecer hasta noviembre de 2015; en la misma se refiere a supuestos episodios de violencia de género acontecidos en septiembre de 2012, en junio de 2014 o en noviembre de 2014 y el 30 de abril de 2015. Difícilmente, por lo tanto, cabe afirmar que, con independencia de domicilio administrativo que pueda figurar (la renovación del permiso de residencia se explica por razón del negocio que el apelado aún mantiene en Dubái), el lugar de residencia habitual, al menos del actor, se pueda considerar que lo constituye dicho país, pues ni objetivamente atendiendo al tiempo de permanencia en España, puede así afirmarse, ni subjetivamente, teniendo en cuenta que, no solo el centro de su actividad profesional lo constituye España, sino que, además, se constata que una gran parte de este tiempo ha estado en este país con su esposa, sin que ello pueda explicarse con el argumento de que se trata de simples estancias estacionales o vacacionales, pues lo cierto es que se constata que las mismas se desarrollan en muy diversas épocas del año y durante prolongados periodos de tiempo».

4.- Contra la sentencia de la Audiencia, la sra. Marí Juana interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En el suplico del recurso solicita que se desestime la demanda del sr. Benjamín , quien presenta escrito de oposición a los recursos, solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Motivos

El recurso se funda en dos motivos.

1.- El primer motivo, al amparo del art. 469.1.1.º LEC (infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia), denuncia infracción del 22.3 LOPJ -por inaplicación-, «al atribuir la competencia a los tribunales españoles en aplicación del art. 3 del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 , del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas II bis)».

En el desarrollo del motivo la parte recurrente sostiene, en esencia, que se ha aplicado incorrectamente el art. 3 del Reglamento Bruselas II bis porque el demandante no ha tenido su residencia habitual en España durante su matrimonio con la sra. Marí Juana . Considera que ello es debido a una errónea y arbitraria valoración de la prueba en cuanto a la apreciación de los hechos que han llevado a la sentencia recurrida a declarar que la residencia habitual del demandante en los seis meses anteriores a la demanda no ha sido Dubái.

Argumenta la recurrente que, partiendo de la improcedencia de la aplicación del art. 3 del Reglamento Bruselas II bis, debe acudir como norma residual a la normativa española, por remisión del art. 7 del citado Reglamento. Razona que el art. 22.3 LOPJ (en la redacción vigente en el momento de la presentación de la demanda, anterior a la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), atribuye competencia a los tribunales españoles, en defecto de acuerdo de sumisión «cuando ambos cónyuges posean su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan la petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento de otro...». En consecuencia, teniendo en cuenta que el matrimonio formado por la sra. Marí Juana y el sr. Benjamín es de nacionales de distintos estados miembros (británica y español, respectivamente), el tema se vuelve a centrar en la residencia habitual del matrimonio o del demandante -nacional español- en España.

La recurrente sostiene que el sr. Benjamín ha utilizado las posibilidades que ofrece el Reglamento para utilizar un foro de su conveniencia, donde a él le resulta más económico y sencillo litigar. Añade que el foro era imprevisible para la sra. Marí Juana , por lo que se convierte en exorbitante, por no ser su residencia habitual, lo que constituye una vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución . Todo ello, según dice, de forma contraria al principio de buena fe (arts. 7 CC y 11 LOPJ).



Concluye la recurrente afirmando que la residencia habitual del demandante era Dubái, al igual que la residencia habitual común del matrimonio, por lo que se ha producido una infracción de las normas esenciales que rigen el procedimiento, al carecer los tribunales españoles de competencia internacional para conocer de la acción de divorcio. Sostiene que, por tanto, procede declarar la nulidad de todo lo actuado y dictar sentencia por la que se declare la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de la acción de divorcio ejercitada por el sr. Benjamín .

2.- El segundo motivo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , denuncia «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE al ser la valoración de la prueba manifiestamente ilógica, arbitraria e irrazonable al concluir que la residencia habitual del demandante estaba situada en España durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda».

Sostiene que son coyunturales las razones por las que el demandante permaneció en España durante el año 2014 y principios de 2015, y que alega se deben a la enfermedad del padre de la demandada, pero que esa habitualidad no es presupuesto de la residencia, de acuerdo con la doctrina de la sala, que requiere un elemento voluntarista de establecerse la persona efectiva y permanentemente en dicho lugar. Cita las sentencias de 28 de noviembre de 1940 [RJ 1940\1019], 26 de mayo de 1944 [RJ 1944\799], 27 de septiembre de 1945 , 18 de septiembre de 1947 [RJ 1947\1049], 25 de septiembre de 1954 [1954\2348] y 21 de abril de 1972 [RJ 1972\1859].

Alega que buena parte de las vinculaciones con sociedades en España las tenía el actor antes de contraer matrimonio y que ello no le impidió trasladar su domicilio a Dubái al casarse. Añade que pasar temporadas largas fuera no excluye la residencia en Dubái, con apoyo en la cita de la sentencia 15 de noviembre de 1991 [RJ 11991\8117].

Sostiene que la residencia en Selorio es vacacional, una segunda residencia que no excluye tener la residencia habitual en otro lugar, conforme a la sentencia de 5 de julio de 1943 (Ref. Aranzadi 852).

Defiende que, frente al dato de las estancias en España del actor ahora recurrido, motivadas por sus relaciones familiares y sus negocios, lo relevante es: que el domicilio conyugal estaba en Dubái, por lo que debe presumirse que ese es el domicilio del esposo (art. 69 CC); que el sr. Benjamín renovó su permiso de residencia como «residente habitual» en Dubái en abril de 2015, lo que implica un acto voluntario de continuar residiendo en Dubái; que el sr. Benjamín utiliza su permiso de conducir emitido en Dubái. De todo ello deduce que el sr. Benjamín utiliza el foro español como foro de conveniencia y no puede invocar la tutela de los tribunales españoles cuando no cumple sus obligaciones como español, al motivar su inscripción en el Consulado español por motivos fiscales o la utilización del permiso de conducir de los Emiratos para no perder los puntos de un permiso español.

Termina concluyendo que hay datos decisivos para entender acreditada la residencia del actor en Dubái y que, al no hacerlo, la sentencia recurrida es errónea, ilógica y arbitraria y contraviene el art. 24 CE .

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación*

1.- Los dos motivos del recurso se dirigen de manera interrelacionada a negar la competencia de los tribunales españoles. Así, el primer motivo denuncia infracción de las normas de competencia, por entender que no son competentes los tribunales españoles dado que, según sostiene la recurrente, el demandante no tenía su residencia en España, conclusión que erróneamente habría alcanzado la sentencia recurrida mediante una valoración arbitraria de la prueba, según expone en el motivo segundo.

2.- A efectos de dar una respuesta lógica comenzaremos por el segundo motivo, en el que se denuncia que la valoración de la prueba ha sido errónea, ilógica y arbitraria y como consecuencia de ello se ha provocado indefensión.

2.1.- Es doctrina de la sala, aplicable al presente caso, la de que la valoración de la prueba solo es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones y cuyo contenido no haya sido tomado en consideración. De manera sintética, de acuerdo con esta doctrina:

1.º) El hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el art. 469 LEC pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias (sentencias 263/2016, de 20 de abril , 615/2016 de 10 octubre).

2.º) El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, no permite tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (como explica la sentencia 615/2016 de 10 octubre ,



resumiendo la doctrina contenida en numerosas sentencias de la sala, entre otras, sentencias 333/2013, de 23 de mayo, 458/2007, de 9 de mayo, 567/2007, de 27 de mayo).

3.º) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, de 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016 de 10 de octubre).

2.2.- La aplicación de esta doctrina al caso determina que el motivo segundo deba ser desestimado. El escrito de la recurrente no se dirige a poner de manifiesto que no se corresponde, con la prueba practicada los hechos fijados por la sentencia acerca de las estancias del demandante en España, de las extracciones de los cajeros o de sus intereses empresariales en España. Por otra parte, la sentencia no niega los hechos que la recurrente considera decisivos (la inscripción del esposo en el registro consular, su permiso de residencia). Lo que sucede es que la recurrente discrepa de la valoración que de todos esos hechos lleva a cabo la sentencia recurrida. De esta forma, lo que impugna realmente es la valoración jurídica realizada por el tribunal de instancia, el criterio jurídico de la Audiencia para concluir que el demandante tenía su residencia en España, lo que no es propio de este recurso extraordinario.

3.- El primer motivo también debe ser desestimado, y ello por las siguientes razones.

1.ª) Es una materia que podría analizarse de oficio y los tribunales españoles deben declararse incompetentes si comprueban que no son competentes internacionalmente con arreglo a los foros del Reglamento de Bruselas II bis ni, en su caso, con arreglo a las normas de producción interna. Sin embargo, a efectos de centrar el debate y de valorar la aplicación realizada por el tribunal de instancia, resulta oportuno resumir las posturas mantenidas por las partes acerca de cómo debe interpretarse y aplicarse en el caso las reglas de competencia internacional.

La esposa (demandada ahora recurrente) considera que los tribunales españoles no son competentes por aplicación del art. 3 del Reglamento Bruselas II bis porque, habida cuenta de que los esposos no tienen la misma nacionalidad ni tampoco residencia común en España, procede la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual, los tribunales españoles tampoco serían competentes (redacción del art. 22.3.º LOPJ vigente en el momento de la presentación de la demanda) porque en el caso, también sería presupuesto necesario que el esposo tuviera su residencia en España, lo que entiende no sucede.

El esposo (demandante ahora recurrido), por el contrario, considera que los tribunales españoles son competentes por aplicación del art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II bis (demandante español con residencia habitual durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda); añade que, incluso en el caso de que no se considerara aplicable el art. 3, los tribunales españoles resultarían igualmente competentes por aplicación del art. 22 LOPJ 1985, habida cuenta de que el esposo es español y en el momento de interponer la demanda residía en España.

2.ª) Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el 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, es aplicable por los tribunales españoles desde el 1 de marzo de 2005.

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.

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 *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.

»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 *domicile* 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.

3.ª) Conforme al art. 3 del Reglamento:

«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.



»2. A efectos del presente Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda».

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.

En particular, el apartado 1.a) del art. 3 establece que en los asuntos relativos al divorcio la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre «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».

Partiendo de que en el caso la demanda la interpuso el esposo, de nacionalidad española, la cuestión se centra en determinar si el esposo había residido en España al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda.

4.ª) Aun cuando el concepto de residencia parte de unos datos de hecho y, por tanto, tiene un componente fáctico importante, la valoración de esos hechos a efectos de determinar si tienen relevancia para integrar el concepto jurídico de residencia habitual es netamente una cuestión jurídica.

El reproche genérico que formula la recurrente, haciéndose eco de una crítica doctrinal a la regulación europea, en el sentido de que puede fomentar el *Forum Shopping*, no sería motivo suficiente para dejar de aplicar la norma que conduce a la declaración de la competencia de los tribunales españoles, máxime en un caso en el que no puede considerarse, a la vista de los hechos probados, que la competencia internacional de los tribunales españoles resulte imprevisible para la esposa, ni que los tribunales españoles se encuentren escasamente vinculados con el supuesto por lo que el foro se convierta en exorbitante ni que, como consecuencia de ello, se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). De hecho, ha quedado acreditado no solo que el esposo tenía el núcleo de su actividad profesional en España sino que la propia esposa hacía estancias prolongadas en España, como muestran sus propias manifestaciones en la denuncia penal que puso contra su marido el 19 de mayo de 2015 ante la Comandancia de la Dirección General de la Guardia Civil de Gijón (puesto de Villaviciosa) y que dio lugar a la incoación de diligencias que fueron sobreseídas por auto de 21 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Villaviciosa .

5.ª) La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2016 (Edyta Mikolajczyk y Marie Louise Czarnecka, Stefan Czarnecki), en el asunto C- 294/15 , contiene las siguientes afirmaciones de interés sobre la interpretación del art. 3 del Reglamento Bruselas II bis:

«44. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de abril de 2009, A, C-523/07 , EU:C:2009:225 , apartado 34, y de 16 de julio de 2009, Hadadi, C-168/08 , EU:C:2009:474 , apartado 38).

»45. Dado que el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de «demandante», dicha determinación debe hacerse en función del contexto de esas disposiciones y del objetivo del citado Reglamento.

»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).



»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)».

6.ª) El «Informe Borrás» proporciona explicación sobre el catálogo de foros que actualmente recoge el Reglamento Bruselas II bis [basado en el Reglamento 1347/2000 que, a su vez, convirtió en Reglamento, con algunos cambios, el texto procedente del Convenio de 28 de mayo de 1998 (que no entró en vigor) al que se refiere el citado «Informe Borrás», que no es otra cosa que el «Informe del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial», Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (98/C 221/04)]:

»30. En relación a los criterios para determinar la competencia de los tribunales de un Estado para decidir sobre las cuestiones matrimoniales incluidas en el ámbito del Convenio, se distinguen dos grupos que aparecen, respectivamente, en la letra a) y en la letra b). El apartado 2 del propio artículo se aplica a la letra b) del apartado 1 y también al último guión de la letra a) (sobre los efectos de la declaración, véase el artículo 7 y apartado 2 del artículo 8).

»Los criterios que se incluyen parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro. La decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos.

»31. De entre los criterios que aparecen en la letra a), la determinación de la competencia judicial internacional por ser el lugar de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (primer guión) es un criterio ampliamente aceptado en los Estados miembros y por el que, sin duda, se resolverán la gran mayoría de casos. Tampoco plantea problemas el criterio incluido en el tercer guión, "residencia habitual del demandado", en cuanto es el criterio general de competencia basado en el principio *actor sequitur*. Igualmente recibió amplio consenso el criterio adoptado en caso de demanda conjunta, que aparece en el cuarto guión, puesto que puede presentarse la demanda ante las autoridades de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges; en este caso, también a diferencia del Convenio de Bruselas de 1968, debe subrayarse el escaso papel atribuido a la voluntad de los cónyuges, que solo aparece en esta limitada forma: es lógico que así sea teniendo en cuenta que la disposición se refiere a los litigios en materia de matrimonio.

»32. Mayores problemas aparecieron en torno a la aceptación de los otros criterios incluidos en este apartado. En efecto, en principio nada hubo que objetar a la competencia de los tribunales del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí (segundo guión). El problema se ha visto por algunos Estados al poner esta situación en relación a la situación en que se encuentra el otro cónyuge, que, con motivo de la crisis matrimonial, regresa en muchas ocasiones a su país de domicilio o nacionalidad antes de la celebración del matrimonio y se encuentra sometido a las limitaciones previstas en el quinto y sexto guión, disposiciones que, sin duda, tendrán consecuencias en relación a la litispendencia (véase el artículo 11).

»En efecto, en estas dos disposiciones se admite, de forma excepcional, el *forum actoris*, sobre la base de la residencia habitual pero reforzada con otros elementos. Es así como en el quinto guión se admite la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandante si ha residido en ese Estado por lo menos durante un año. No encontrando algunos Estados suficiente la norma formulada en estos términos y teniendo en cuenta la frecuencia con que la nueva residencia del cónyuge se establece en el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que el término tiene en el Reino Unido y en Irlanda, se incluyó en el sexto guión la posibilidad de que entiendan del asunto matrimonial los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual del demandante si esta ha durado al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la demanda, siempre que dicho Estado sea, además, o bien el Estado de la nacionalidad o del domicilio, en el sentido que tiene en el Reino Unido y en Irlanda. Esta última disposición fue introducida como consecuencia del compromiso político adoptado en diciembre de 1997, ante la comunicación formal de



algunos Estados de que la aceptación de este foro constituía un elemento indispensable de capital importancia en el marco de una solución transaccional global.

»34. La solución tiene en cuenta la situación del cónyuge que regresa a su país, sin que dicha solución tenga como consecuencia instaurar un criterio que se funde únicamente en el foro del demandante: por una parte, la existencia de la nacionalidad o el "domicilio" demuestra la existencia de un primer vínculo con dicho Estado miembro; por otra parte, para que pueda presentar su solicitud es preciso que haya establecido en dicho Estado su residencia habitual por un periodo de seis meses inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. Este último supuesto condujo a una discusión especial sobre la fijación de la residencia habitual, teniendo en cuenta la situación del cónyuge que, como consecuencia de la crisis matrimonial, regresa a su país de origen. La existencia de la conexión será apreciada por el juez. Aunque se discutió la posibilidad de incluir una norma que fijara el lugar de la residencia habitual de forma similar a la del artículo 52 del Convenio de Bruselas de 1968 en relación a la fijación del domicilio, se decidió al final no incluir disposición particular al respecto. No obstante, aunque no en aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, se ha tenido particularmente en cuenta que el Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición, en el sentido que significa "el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos". De esta forma se han rechazado aquellas propuestas que pretendían que fuera suficiente la residencia habitual del demandante al menos durante un total de un año a lo largo de los cinco años inmediatamente precedentes a la demanda, aunque fuera con carácter acumulativo a la nacionalidad o al "domicilio"».

7.ª) 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).

8.ª) En el presente caso, en el momento de la presentación de la demanda, el sr. Benjamín , de nacionalidad española, tenía su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes a la interposición de la demanda de divorcio, tal y como resulta de las circunstancias acreditadas en la instancia: que su actividad empresarial principal se desarrolla en España, donde está el centro de su actividad profesional, lo que se confirma por el hecho de que entre el 24 de junio de 2014 y el 10 de junio de 2015, fecha de la demanda, permaneció en España 327 días, lo que no puede explicarse por simples estancias vacacionales.

La residencia habitual en España en el sentido requerido por el Reglamento Bruselas II bis como centro social de vida y lugar en el que el interesado ha fijado voluntariamente su centro de intereses no queda desmentida ni por su permiso de residencia ni por su inscripción en el Registro de Matrícula de la Oficina Consular de Dubái, pues ese dato no hace de Dubái la residencia habitual en sentido realista sino solo en sentido formal y administrativo. A estos efectos no hay diferencia sustancial entre estar empadronado en un municipio y estar inscrito como residente habitual en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular en el **Extranjero**. De acuerdo con la legislación vigente ambas inscripciones son obligatorias cuando se reside habitualmente en un municipio o en una demarcación consular (arts. 15 y 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , art. 36 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General , art. 54 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio , por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de los españoles en los Registros de Matrícula de las Oficinas Consulares en el **extranjero**). Ninguna de las dos sirve sin embargo para desvirtuar la residencia real en otro lugar, porque lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con un criterio realista, adaptado a la movilidad de los cónyuges.

Tampoco puede servir para desvirtuar el valor de los datos que identifican España como el lugar de residencia habitual del sr. Benjamín durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación



de la demanda de divorcio el contenido de los arts. 68 y 69 CC . Sin entrar a valorar, lo que es irrelevante en este momento, si el domicilio conyugal estaba en Dubái o en Villaviciosa, lo cierto es que ni el deber de convivencia ni la presunción de convivencia impiden que los cónyuges tengan otro lugar en el que se encuentre su centro de intereses a efectos de identificar un lugar de residencia habitual, lo que no es extraño en las crisis matrimoniales internacionales y confirma el propio abanico de foros que ofrece el art. 3.1.a) del Reglamento Bruselas II bis (entre los que se tiene en cuenta la residencia habitual común pero también la de cada uno de ellos) e, incluso, dentro de nuestro ordenamiento interno, el art. 769 LEC .

En consecuencia, los tribunales españoles eran competentes cuando el sr. Benjamín interpuso la demanda de divorcio, por lo que el motivo del recurso se desestima.

Recurso de casación

CUARTO.- Motivo

El recurso se formula por el ordinal 3º del art. 477.2 LEC , por tratarse de un procedimiento seguido por razón de la materia (divorcio contencioso tramitado por lo dispuesto en los arts. 769 y 770 de la LEC).

Denuncia, en un único motivo, infracción del art. 40 CC , por entender que la sentencia recurrida ha interpretado incorrectamente el concepto de «residencia habitual», lo que le habría llevado a aplicar el art. 3.a) del Reglamento Bruselas II bis para apreciar, incorrectamente a su juicio, la competencia de los tribunales españoles.

Para justificar el interés casacional cita la sentencia 1246/1992, de 30 de diciembre (manteniendo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio) y las sentencias de 28 de noviembre de 1940 [RJ 1940\1019], 26 de mayo de 1944 [RJ 1944\799], 18 de septiembre de 1947 [RJ 1947\1049], 25 de septiembre de 1954 [1954\2348] y 21 de abril de 1972 [RJ 1972\1859].

Tras un análisis de estas sentencias concluye que la jurisprudencia mantiene una interpretación subjetiva y voluntarista del domicilio y, con reiteración de los argumentos esgrimidos en los motivos del recurso de infracción procesal, concluye que la sentencia recurrida ha vulnerado la doctrina jurisprudencial al acudir a criterios objetivos de tiempo de permanencia en España. Sostiene, en definitiva, que el sr. Benjamín no tenía su residencia en España y que la Audiencia no ha valorado los datos de los que resulta su residencia en Dubái.

QUINTO.- Desestimación

El recurso de casación denuncia la infracción del art. 40 CC cuando, en realidad, la regulación del domicilio como residencia habitual no es la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto, el divorcio de las partes, sino en todo caso la norma que, al definir el domicilio civil como el lugar de residencia habitual de una persona, podría servir (lo que, como se ha dicho, por ser el de residencia habitual un concepto autónomo del Reglamento Bruselas II bis, no es correcto) para integrar la norma de competencia internacional.

Puesto que la única finalidad perseguida por la recurrente es que se declare la incompetencia de los tribunales españoles por falta de competencia internacional, da la impresión de que lo que ha pretendido al interponer el recurso de casación es sortear el obstáculo a que se enfrentaba en este trance plantear esta cuestión exclusivamente mediante el oportuno recurso de infracción procesal dado que, conforme a la regla 5.ª de la disposición final 16.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal está condicionada a la admisión del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no exceda de 600.000 euros o se haya tramitado por razón de la materia, como es el caso.

El motivo se desestima además de por lo que se acaba de decir porque, como ya ha quedado expuesto al analizar el recurso de infracción procesal, el concepto de residencia habitual del Reglamento Bruselas II bis no remite a la noción que pueda resultar de la interpretación del domicilio con arreglo al Derecho interno.

A efectos del presente recurso, por tanto, sería irrelevante, aunque fuera cierta, la supuesta interpretación del domicilio civil contenida en el art. 40 CC que erróneamente atribuye la recurrente a esta sala en el sentido de atribuir al padrón (o, en su caso, a la inscripción en el registro consular) el valor de desvirtuar la realidad objetiva de una residencia habitual. Sucede además que el Derecho español parte, a la hora de fijar el domicilio de las personas, de un criterio realista, al definir el domicilio de las personas físicas en el art. 40 CC como «el lugar de su residencia habitual» y esta sala tiene declarado que, con carácter general, ha de atenderse al sitio donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar. De tal manera que, como dijo la sentencia 10 de junio de 1966 , el único domicilio que la ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el art. 40 CC , como «el lugar de la residencia habitual», sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas a otros efectos (doctrina reiterada en sentencias de 15 de noviembre de 1991, Rc. 1692/1989 , 622/1996, de 13 de julio , 317/2001 , de 22 de marzo).



SEXTO.- La desestimación de los recursos determina, conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC que se impongan a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las costas del recurso de casación.

No se hace especial declaración en cuanto a las costas de las instancias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.ª Marí Juana contra la sentencia 196/2016 de la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7.ª) de 5 de mayo de 2016, rollo de apelación n.º 151/2016 , dimanante del procedimiento de divorcio contencioso n.º 390/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Villaviciosa.

2.º- Confirmar la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7.ª) de 5 de mayo de 2016 , incluido su pronunciamiento sobre costas.

3.º- Se imponen a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

4.º- Conforme al apartado 9 de la disp. adicional 15.ª LOPJ, la recurrente pierde los depósitos constituidos para interponer los recursos de casación y por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.