

DIVORCIO EN ESPAÑA Y CÓNYUGES SIN RESIDENCIA
HABITUAL EN NUESTRO PAÍS: ¿CÓMO HAN DE PROCEDER
LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES?. COMENTARIO DEL AAP
MURCIA 11 FEBRERO 2021*

DIVORCE IN SPAIN AND SPOUSES WITHOUT HABITUAL
RESIDENCE IN SPAIN: HOW SHOULD THE SPANISH COURTS
PROCEED? COMMENTARY BY THE PROVINCIAL COURT
OF MURCIA ON 11TH FEBRUARY 2021

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado (Universidad San Jorge)
Magistrada Suplente*

Recibido:15.12.2021 / Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6726>

Resumen: A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor, los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, siguen ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, también cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento Bruselas II bis. Como ejemplo, cabe mencionar el caso resuelto por el AAP Murcia 11 febrero 2021. Este auto confirma, vía recurso de apelación, la resolución dictada en primera instancia por un Juzgado de la localidad de Cieza, por la cual este órgano jurisdiccional se declaraba internacionalmente incompetente para conocer de un proceso de divorcio en el que los cónyuges ni tenían nacionalidad común española ni tampoco su residencia habitual en nuestro país.

Palabras clave: divorcio, residencia habitual, Reglamento Bruselas II bis.

Abstract: Even though almost seventeen years have passed since its entry into force, legal operators in the Member States of the European Union, including the Spanish ones, continue ignoring not only the system of forums but also the personal scope of application of the Brussels II bis Regulation. As an example, it is appropriate to mention the case resolved by the provincial court of Murcia on 11 February 2021. This court confirms, on appeal, the decision handed down at first instance by a court in the town of Cieza, by which this court declared itself internationally incompetent to try a divorce case in which the spouses were neither Spanish nationals nor habitually resident in Spain.

Keywords: divorce, habitual residence, Brussels II bis Regulation.

Sumario: I.-Planteamiento general. II. Marco normativo aplicable a las crisis matrimoniales con elemento internacional en nuestro país. 1. Generalidades en torno a los foros de competencia judicial internacional del RBII bis y de la LOPJ. 2. Determinación del concepto de la residencia habitual de los cónyuges a los efectos del RBII bis. III. Análisis del AAP Murcia 11 febrero 2021. 1. El AJPI Cieza 28 marzo 2019. 2. El recurso de apelación y su resolución por el AAP Murcia 11 febrero 2021. V. Conclusiones.

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

I. Planteamiento general

1. A pesar de haber transcurrido casi diecisiete años desde su entrada en vigor¹, no deja de sorprender que los operadores jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos los españoles, sigan ignorando, no sólo el sistema de foros, sino, lo que es más grave, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (en adelante RBII bis)². No cabe duda de que el desconocimiento de tales extremos puede derivar en una inadecuada interposición de una demanda de divorcio con elementos internacionales, ante unos órganos jurisdiccionales que carezcan de competencia para entrar a valorar el fondo del asunto³. Ello, no solamente causaría evidentes perjuicios para las partes, sino que, además, frustraría los objetivos del legislador europeo de reforzar la seguridad jurídica, incrementar la flexibilidad y garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos⁴.

2. Como ejemplo de la situación que se acaba de exponer, cabe mencionar el caso resuelto por el AAP Murcia 11 febrero 2021 (ECLI:ES:APMU:2021:262^a). Se trata de un auto que confirma, vía recurso de apelación, la resolución dictada en primera instancia por un Juzgado de la localidad de Cieza, por la cual este órgano jurisdiccional se declaraba internacionalmente incompetente para conocer de un proceso de divorcio en el que los cónyuges ni tenían nacionalidad común española ni tampoco su residencia habitual en nuestro país.

3. A la vista de tales consideraciones, cabe preguntarse cómo ha de proceder un Juez o Tribunal español, cuando se presenta ante él una demanda en materia de crisis matrimoniales con elemento internacional o transfronterizo. Más en concreto aún, cuando, como es el caso de la resolución de la AP Murcia, antes mencionada, la situación no presenta conexión suficiente con nuestro país y en consecuencia, no son los tribunales españoles los mejor situados para conocer del divorcio⁵.

4. A este respecto, se debe recordar que, como regla general, el Reglamento protege a aquellos cónyuges que sean nacionales de un Estado miembro o que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, de manera que únicamente podrán ser demandados ante los Tribunales de otro Estado miembro, a excepción de Dinamarca, conforme a los foros previstos en el propio RBII bis (art.6). También hay que tener en cuenta que el RBII bis no contempla entre sus foros la posibilidad de que los cónyuges se sometan expresa o tácitamente a unos órganos jurisdiccionales concretos, en el sentido que se prevé en otros instrumentos de la Unión Europea, como el RBI bis.

5. Llegados a este punto, debe advertirse que, a partir del 1 de agosto de 2022⁶, dejará de aplicarse el RBII bis en todo el territorio de la Unión Europea, donde, exceptuando Dinamarca, estará plenamente operativo el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a

¹ El RBII bis se aplica desde el 1 de marzo de 2005.

² DOUE, núm. 338, 23 diciembre 2003.

³ La Profª. Castellanos Ruíz apunta dos consideraciones relevantes sobre este particular. Así, pone de relieve las diferencias existentes en la regulación de las crisis matrimoniales en los distintos ordenamientos jurídicos. Y lo que es más importante, señala que más de un 20% de los divorcios que se formulan ante jueces y tribunales españoles son transnacionales. De ahí la importancia de que los operadores jurídicos conozcan y sepan aplicar las normas de DIPr. en vigor en nuestro país. Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2021, pp.14-16.

⁴ Dichos objetivos se encuentran expresamente recogidos en el Considerando 2 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 (DOUE núm. 178, 2 julio 2019), que sustituirá al RBII bis a partir del 1 de agosto de 2022.

⁵ La autora mencionada en la nota al pie anterior se pregunta si los jueces españoles son conscientes de cuando son competentes para conocer de un litigio referente a una crisis matrimonial internacional, habida cuenta los numerosos errores que cometen los tribunales de nuestro país al aplicar los foros correspondientes a esta materia. Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit*, pp.18-19.

⁶ Los arts. 92, 93 y 103 son de aplicación a partir del 22 de julio de 2019.

la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (RBII ter), que constituye una versión refundida de aquel. Sobre este instrumento hay que observar que, si bien mantiene idéntico sistema de foros que el RBII bis, introduce en el art.6 alguna novedad en relación con el ámbito de aplicación personal del Reglamento, que se comentará más adelante⁷.

6. Por otro lado, tampoco hay que olvidar que el TJUE ha tenido oportunidad de dar cumplida solución a los interrogantes que han ido surgiendo en la práctica a la hora de aplicar el RBII bis. Entre todas las respuestas, cabe resaltar, por su relevancia para el presente trabajo, que el TJUE, de manera similar a como lo ha venido haciendo en materia de responsabilidad parental, ha precisado el concepto de residencia habitual de los cónyuges en los procedimientos de crisis matrimoniales, dado que el RBII bis no define esta noción ni se remite, a tal fin, a los ordenamientos jurídicos de los Estado miembros.

7. Todas estas cuestiones se desarrollarán con más amplitud a lo largo del presente trabajo, al mismo tiempo que se pondrán en relación con lo resuelto en el AAP Murcia 11 febrero 2021, para poder así verificar si en esta ocasión los tribunales españoles han procedido de manera ajustada a Derecho.

II. Marco normativo aplicable a las crisis matrimoniales con elemento internacional en nuestro país

1. Generalidades en torno a los foros de competencia judicial internacional del RBII bis y de la LOPJ

8. En nuestro país se encuentran en vigor dos instrumentos que regulan la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales (nulidad, separación judicial y divorcio): el ya mencionado RBII bis, procedente del legislador europeo, junto con nuestra norma de producción interna, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Resulta obvio que el RBII bis, que opera para determinar la competencia judicial internacional dentro de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, se aplica con preferencia a los foros de los arts. 22 y ss. LOPJ (arts.22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter c) LOPJ), que tienen carácter residual y únicamente se aplicarán en aquellos supuestos que no se encuentren cubiertos por el Reglamento⁸.

9. Seguidamente y sin ánimo de ser exhaustivos, se expondrán algunas cuestiones de interés para el presente trabajo en relación con los foros de competencia judicial internacional de ambos textos legales.

11. En cuanto a los foros del RBII bis, hay que tener en cuenta los siguientes extremos⁹:

1º) Los foros generales se encuentran incorporados en el art.3¹⁰ y son alternativos, de tal modo que es suficiente con que concurra uno de ellos para que el Tribunal del Estado miembro

⁷ Aquí debe observarse que algún autor ha cuestionado que el RBII ter haya mantenido prácticamente intacto el sistema de foros relativos a las crisis matrimoniales, para centrarse en lo atinente a la responsabilidad parental. En este sentido, puede consultarse E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La refundición del Reglamento Bruselas II BIS: de nuevo sobre la función del Derecho Internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección ESTUDIOS, Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 139-165.

⁸ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Decimoctava edición, Granada, Comares, 2018, pp.248 y 249, así como, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, Nº 30, 2008, p.476.

En cuanto al carácter residual del Reglamento, sirvan de ejemplo las siguientes resoluciones: SAP Girona 12 marzo 2013 [CENDOJ]17079370012013100116], AAP Murcia 21 abril 2011 [CENDOJ] 30030370042011200008], SAP Asturias 16 julio 2009 [CENDOJ] 33044370042009100266], AAP Barcelona 17 febrero 2009 [CENDOJ] 08019370182009200019], AAP Madrid 25 enero 2008 [CENDOJ] 28079370222008200014] y AAP Barcelona 25 enero 2005 [CENDOJ] 08019370122005200008].

⁹ A este respecto, consúltese, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2020, p.267.

¹⁰ Los arts. 4 y 5 RBII bis también participan de ese carácter exclusivo (art.6) y se ocupan de las competencias especiales: competencia judicial internacional para conocer de la demanda reconvenional y de la conversión de la separación en divorcio, respectivamente.

designado se declare competente para conocer del litigio. En este punto, cabe señalar que, el propósito del legislador europeo, al establecer este sistema, consiste en sujetar el litigio a aquellos Estados miembros con los que los cónyuges presenten mayor grado de vinculación¹¹. Ello, como ya se ha explicado al principio, mediante el recurso a los criterios de la nacionalidad y la residencia habitual de los cónyuges (art.6 RBII bis). En concreto, se enumeran siete foros, que se mantienen en el art.3 RBII ter, de los cuales 6 incorporan el criterio de la residencia habitual -el sexto, junto con la nacionalidad del demandante-, mientras que el último de los foros recoge exclusivamente el criterio de la nacionalidad común de las partes¹². De este modo, el Reglamento declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se sitúe:

- la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda, siendo irrelevante la nacionalidad de las partes¹³;
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de interposición de la demanda, independientemente de que sea el demandante o el demandado¹⁴;
- la residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda, sin que importe a estos efectos su nacionalidad¹⁵;
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda¹⁶;
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda¹⁷;
- 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 de Irlanda, tenga allí su “domicile”¹⁸;
- la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso de Irlanda, del “domicile” común;

2º) El art.3 establece foros puros de competencia judicial internacional, habida cuenta que otorgan competencia a los Tribunales de un Estado miembro en su conjunto, sin designar el concreto órgano jurisdiccional que resulta territorialmente competente.

3º) La verificación de la competencia judicial internacional con arreglo al RBII bis es controlable de oficio. Así, si concurre alguno de los foros previstos en el art.3 RBII bis, el tribunal del Estado miembro ante el cual se haya planteado la demanda, deberá declararse

¹¹ Vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, p. 660.

¹² Vid., P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas I bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley UE*, núm. 21, 2014, p. 17 y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.661, donde se hace especial hincapié a la relevancia que otorga a la residencia habitual de los cónyuges el RBII bis.

¹³ Consúltese, entre otras, SAP Zaragoza 15 marzo 2016 [CENDOJ]50297370022018100058].

¹⁴ Vid. AAP Teruel 25 noviembre 2010 [CENDOJ]442163700102010200048].

¹⁵ Vid. SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ]17079370012015100074].

¹⁶ Ténganse en cuenta, por ejemplo, AAP Badajoz 22 junio 2004 [JUR 2014/192158].

¹⁷ El demandante ha de ser uno de los cónyuges. Vid. STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, Czarnecka, (ECLI:EU:C:2016), la cual que resolvió que “*el artículo 3, apartado 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una persona distinta a los cónyuges que inicie un procedimiento de nulidad matrimonial no puede invocar los criterios de competencia establecidos en dichas disposiciones*”.

Recuérdese también que desde el 31-12-2020, el Reino Unido ha de ser considerado como tercer Estado a los efectos de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, como es el caso del RBII bis.

¹⁸ Al igual que en el supuesto anterior, el demandante ha de ser uno de los cónyuges. Vid. STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, Czarnecka, (ECLI:EU:C:2016), en los términos de la nota al pie precedente.

Se reitera que desde el 31-12-2020, el Reino Unido ha de ser considerado como tercer Estado a los efectos de la aplicación de la normativa de la Unión Europea, como es el caso del RBII bis.

internacionalmente competente¹⁹. De igual modo, cuando ningún tribunal de ningún Estado miembro tenga atribuida competencia judicial internacional para dirimir el litigio con arreglo al Reglamento, el órgano jurisdiccional ante el cual se ha ejercitado la acción de nulidad, separación o divorcio, aplicará las normas de competencia judicial internacional de producción interna del foro. En el caso de España, el Juez español recurrirá a los foros de competencia judicial internacional en materia de nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio, previstos en los arts. 22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter.c) LOPJ²⁰.

11. Sobre los foros de la LOPJ, que atribuyen competencia a los tribunales españoles en la materia objeto de estudio, deben realizarse una serie de puntualizaciones:

- 1ª) Los foros de los arts.22 y ss. LOPJ, en todo caso, se aplican de manera supletoria y residual.
- 2ª) Los foros del art.22 quáter c) LOPJ reproducen los criterios del RBII bis y en consecuencia, no resultarán operativos, puesto que dichos supuestos están amparados por el propio Reglamento²¹.
- 3ª) Si el domicilio del demandado se encuentra en España, el art.22. ter LOPJ resulta inoperante, habida cuenta que la competencia judicial internacional se gobernará por el RBII bis.
- 4ª) En el supuesto de que ambos cónyuges se hubieran sometido a los Tribunales españoles, podría resultar aplicable el art.22 ter LOPJ. Ahora bien, esto no puede dar lugar a equívocos. Luego, aquí han de recordarse varios extremos. Primeramente, hay que insistir en lo dicho respecto del art.6 RBII bis, que predica el carácter exclusivo de los foros de competencia judicial internacional de los arts.3, 4 y 5 RBII bis en relación con un cónyuge demandado que sea nacional o residente en un Estado miembro. En segundo lugar, cabe reiterar que la sumisión expresa o tácita no está contemplada en el RBII bis. Y en último término, tampoco hay que ignorar que, conforme al art.7.1 RBII bis, que prevé los supuestos de competencia residual, sólo sería posible invocar el foro del art.22 ter LOPJ en el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de ningún otro Estado miembro dispusiera de competencia para dirimir el litigio con arreglo a los foros del RBII bis²². Y ello, con independencia de que el demandado tenga o no nacionalidad de un Estado miembro y de que su residencia habitual se sitúe o no en un Estado miembro²³.

¹⁹ Vid. ATJUE 3 octubre 2019, C-759/18, OF vs. PG (ECLI:EU:C:2019:816).

²⁰ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit.*, p.41. Consúltese, asimismo, STJCE, de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, Sundelind López (ECLI:EU:C:2007:740).

²¹ Según autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, los foros del art.22 quáter c) LOPJ están copiados del RBII bis “con escaso tino y exiguo acierto”. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.248. De la misma opinión es E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales...cit.*, p.42. Sobre la inspiración de los foros de la LOPJ en la legislación europea, puede consultarse también, C. ESPLUGUES MOTA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 114 y 115; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Cívitas, 2017, p. 88, y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.661

²² El art.6 RBII ter regula la competencia residual, sin incorporar expresamente la mención al carácter exclusivo de los foros del propio Reglamento. No obstante, en el apartado 2 continúa disponiendo que “un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”. Asimismo, el apartado 1 del citado precepto establece que “Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 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”. El apartado 1 del art.6 sería la regla general que cedería ante la regla especial que contiene el apartado 2 del art.6 RBII ter. Así lo indican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2021, p.505.

No se olvide que el art.7.2 RBII bis y el art.6.3 RBII ter establecen la posibilidad de que todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro pueda invocar en dicho Estado, al igual que los nacionales de este último, 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.

²³ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.234. Además, tanto el concepto de competencias exclusivas como la redacción del art.7 RBII bis, ha sido objeto de críticas por la doctrina, sirvan de

- 5º) Si los Tribunales españoles verifican que tampoco disponen de un foro que les otorgue competencia judicial internacional con arreglo a la LOPJ, se declararán de oficio incompetentes (art.22. octies LOPJ)²⁴.

2. Determinación del concepto de la residencia habitual de los cónyuges a los efectos del RBII bis

12. Dada la trascendencia que otorga el RBII bis al criterio de la residencia habitual de los cónyuges y habida cuenta los problemas que se han planteado en la práctica en orden a su concreción, seguidamente, se estudiarán los elementos que se deben tomar en consideración para determinar dónde se sitúa la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda.

13. Aquí hay que señalar que ni el RBII bis ni su sucesor, el RBII ter definen esta noción ni tampoco ofrecen criterios que permitan su determinación²⁵. En cualquier caso, no cabe duda de que los Estados miembros no deben interpretarlo en el sentido que establecen sus respectivos ordenamientos jurídicos, a los que ni tan siquiera los Reglamentos contienen una remisión²⁶. Antes al contrario, cabe deducir que nos encontramos ante un concepto autónomo y propio del Reglamento, que debe ser objeto de una interpretación uniforme y siempre teniendo en cuenta el contexto y la finalidad que se pretenda alcanzar. En este sentido, se ha dejado sentado que por residencia habitual debe entenderse, 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. Más en concreto, hay que atender al Estado miembro donde el sujeto tenga su centro social de vida de manera estable y con vocación de permanencia en el momento de interposición de la demanda, sin que resulte relevante que se trate de una residencia temporal, pero, sin que constituya residencia habitual una residencia pasajera o precaria. Tampoco es relevante a este respecto que la persona piense trasladarse a otro país ni que figure inscrito en un Registro público a efectos fiscales, electorales o municipales²⁷.

14. En este punto, merece la pena detenerse en la reciente STJUE de 21 de noviembre de 2021, Asunto C-289/20, IB vs. FA (ECLI:EU:C:2021:955), en tanto que ha precisado el contenido y alcance del concepto de residencia habitual de un cónyuge en un Estado miembro a los efectos de fijar la competencia judicial internacional en litigios que tengan por objeto crisis matrimoniales. Y lo hace, tal como se ha puesto de manifiesto al principio de esta exposición, con apoyo en la definición de residencia habitual del menor para los litigios en materia de responsabilidad parental (STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, HR)²⁸.

ejemplo: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, Comares, 2007, pp. 132-134; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional privado español*, Universidad e de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, pp. 152-153; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? ...cit”, pp. 457-482.

Referente a esta cuestión, resulta relevante la STJCE, de 29 de noviembre de 2007, Asunto C-68/07, Sundelind López (ECLI:EU:C:2007:740), que interpretó como los art.6 y 7 RBII bis “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.”

²⁴ Vid. STS 4113/2017, 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113), de la que es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Ángeles Parra Lucán.

²⁵ Así lo indica y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.662.

²⁶ En este punto, consúltese de nuevo la STS 4113/2017, 21 noviembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4113).

²⁷ Así lo entienden A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.241 y L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares ...cit”, p.662. En la misma línea, véanse las siguientes resoluciones: STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009, Asunto C-523/07, Korkein hallinto-oikeus – Finlandia (ECLI:EU:C:2009:225); STJUE 6 julio 2009, Asunto C-168/08, Hadadi, (ECLI: EU:C:2009:474); STJUE 9 octubre 2014, Asunto C-376/14, M, (ECLI:EU:C:2014:2268; y la más reciente STJUE (Sala Tercera) 25 noviembre 2021, Asunto C-289/20, IB vs.FA, (ECLI:EU:C:2021:955); junto con la STS 4113/2017, ya mencionada.

²⁸ Sobre esta resolución, puede consultarse el Comunicado de prensa n.º 211/21 emitido por el TJUE, el 25 de noviembre de 2021, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210211es.pdf>.

15. A estos efectos, tras reiterar que se trata de un concepto autónomo, propio del RBII bis, y que debe ser objeto de interpretación uniforme, el TJUE entiende que el concepto de residencia habitual se compone de dos elementos principales, que deben quedar debidamente acreditados: la voluntad del interesado de establecer el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y una presencia que se caracteriza por reunir un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate.

16. Habida cuenta lo que antecede, el TJUE llega a las siguientes conclusiones:

- 1ª) El cónyuge que invoca, como demandante, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual, en virtud del art. 3, ap. 1, letra a), del Reglamento Bruselas II bis, debe haber trasladado necesariamente su residencia habitual al territorio de un Estado miembro distinto del de la anterior residencia conyugal. Ello requiere, a juicio del Tribunal la concurrencia de dos requisitos: que dicho cónyuge tiene que poner de manifiesto su voluntad de fijar el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro, y que debe haber demostrado que su presencia en ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad.
- 2ª) El entorno de un adulto es más variado que el de un niño y en este sentido, lo integran un elenco más amplio de actividades, así como de intereses más diversificados, de modo tal que no resulta exigible que los mismos se agrupen en el territorio de un solo Estado miembro. Por este motivo, el Tribunal considera que cuando un cónyuge decide establecerse en otro Estado miembro debido a la crisis conyugal, es libre de conservar vínculos sociales y familiares en el Estado miembro de la antigua residencia conyugal.
- 3ª) El artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que un cónyuge que comparte su vida entre dos Estados miembros solo puede tener su residencia habitual en uno de esos Estados miembros, de modo que solo los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúa dicha residencia habitual son competentes para pronunciarse sobre la demanda de disolución del matrimonio”.
- 4ª) El órgano jurisdiccional remitente será el encargado de verificar, atendiendo a las circunstancias de hecho del caso concreto, si el territorio del Estado miembro al que pertenece corresponde al lugar al que el cónyuge de que se trate ha trasladado su residencia habitual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), del RBII bis.

III. Análisis del AAP Murcia 11 febrero 2021

17. Una vez explicadas las cuestiones atinentes al marco normativo en materia de crisis matrimoniales con elemento internacional, así como la interpretación del TJUE respecto del concepto de residencia habitual, a los efectos de aplicar los foros del RBII bis, se va a proceder a analizar el AAP Murcia 11 febrero 2021. Ello, con la finalidad de determinar si las deducciones a las que han llegado tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, se adecúan al citado Reglamento y a la jurisprudencia del TJUE.

1. El AJPI Cieza 28 marzo 2019

18. Primeramente, hay que señalar que se formuló demanda de divorcio por parte de la esposa, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n°1 de Cieza (Murcia). De los datos que obran en la resolución dictada por la Audiencia de Murcia, se deduce sin ningún género de dudas

que los cónyuges no tienen nacionalidad común española y que el esposo tiene su residencia habitual en Alemania. Las dudas se suscitan en relación con la esposa, al parecer, nacional española, que apoya su residencia habitual en España desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda en las siguientes circunstancias: la estancia de los esposos en Rojales (Alicante) desde diciembre 2016 a marzo 2017 y en Barinas (Murcia) desde abril 2017 a junio, junto con la escritura pública correspondiente a la adquisición en 2017 de un inmueble en nuestro país, y prueba documental referente a consumos eléctricos. En este punto, hay que aclarar que del Auto examinado no se desprende la fecha exacta en que se interpuso la demanda y en consecuencia, tampoco si ésta se correspondería con algún momento cercano a esos periodos del año 2017, en los cuales la actora pretende fundamentar su residencia habitual en nuestro país. Este dato hubiera resultado de interés para valorar si la demandante residía o no habitualmente en España desde al menos seis meses antes de la presentación de la demanda. Ello, en particular, para descartar con mayor precisión la voluntad de la esposa de establecer su centro habitual de vida e intereses en nuestro país y acreditar una estancia meramente vacacional.

19. Frente a dicha demanda, se planteó por el esposo declinatoria, alegando la falta de competencia judicial internacional de los juzgados españoles para conocer del litigio. La declinatoria fue estimada por el referido órgano jurisdiccional, que, en consecuencia, declaró su falta de competencia judicial internacional para conocer del mencionado proceso de divorcio.

20. Nada hay que objetar a la fundamentación jurídica del Juzgado de Primera Instancia en tanto que, tal como expone el Tribunal “ad quem”, cimienta su decisión en el art.3.1.a) RBII bis y en la jurisprudencia del TJUE, que califica los foros del citado artículo como objetivos y alternativos e interpreta el criterio de la residencia habitual de los cónyuges, tanto de manera conjunta como separada. No obstante, sí que conviene hacer una matización en relación con la terminología utilizada, en tanto que el Juzgado “a quo” manifiesta que el Reglamento contiene normas de conflicto flexibles, desconociendo que el RBII bis es una norma de Derecho Internacional Privado correspondiente a la dimensión judicial, concretamente al primer sector, la competencia judicial internacional, y que no contiene disposición alguna sobre el sector de la ley aplicable. En consecuencia, los criterios que establece el artículo 3 RBII bis no pueden ser calificados como normas de conflicto, sino como foros de competencia judicial internacional. Mientras que las normas de conflicto que determinan la ley aplicable al divorcio se encuentran reguladas en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010²⁹, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

21. Por lo demás, el auto del Juzgado de Primera Instancia de Cieza considera que no resulta de aplicación al caso enjuiciado el criterio de residencia habitual común del artículo 3.1.a), así como tampoco el relativo a la residencia de la demandante en España seis meses antes de la interposición de la demanda, toda vez que la documentación aportada no acredita que la demandante tenga su residencia habitual en España. Del mismo modo, entiende el Juzgado “a quo” que el demandado tampoco reside habitualmente en nuestro país, habida cuenta que la esposa declaró que aquel reside en Alemania, lugar donde también se encuentra su lugar de trabajo. No entra a valorar el Juzgador el foro de la nacionalidad de ambos cónyuges del art.3.1.b), de donde se deduce que los cónyuges no tienen nacionalidad común española.

22. A la vista de las consideraciones anteriores, resulta obvio que el Juzgador de instancia ha procedido de forma correcta, por los siguientes motivos:

- 1º) Primeramente, porque, a fin de determinar si resulta internacionalmente competente para entrar a conocer de la demanda de divorcio, dado que se cumple su ámbito espacial, ha acudido directamente al RBII bis, en lugar de a la LOPJ, que, recuérdese tiene carácter residual.

²⁹ DOUE núm. 343, 29 diciembre 2010.

- 2º) En segundo término, no cabe duda de que la decisión de estimar la declinatoria es ajustada a Derecho, habida cuenta que se trata de un cónyuge demandado residente habitualmente en Alemania, es decir, en un Estado miembro distinto del Estado del foro, y que, por consiguiente, en virtud del art.6 RBII bis, sólo podría ser demandado ante los órganos jurisdiccionales españoles en virtud de los foros de los arts.3,4 y 5 RBII bis, que, no se olvide aquí, no otorgan competencia a los tribunales españoles en el caso de autos.
- 3º) Tampoco cabe el recurso a los foros de la LOPJ, puesto que es evidente que existen otros órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con los que el supuesto presenta vinculación suficiente, en razón del domicilio del demandado en Alemania, y que, por tanto, disponen de competencia judicial internacional para el enjuiciamiento del divorcio conforme al art.3 RBII bis (art.7.1 RBII bis).

2. El recurso de apelación y su resolución por el AAP Murcia 11 febrero 2021

23. Contra el auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Cieza se interpuso recurso de apelación por parte de la esposa. Como motivo del recurso, la apelante alegaba error en la valoración de la prueba, dado que, a su entender, la documental aportada acreditaba su residencia habitual en España. Consecuentemente, interesaba la revocación de la resolución apelada y el dictado de otra resolución por la cual se declarase la competencia de los tribunales españoles y en concreto del juzgado civil de Cieza para conocer de la demanda de divorcio formulada por ella formulada.

24. Vistos los argumentos de la parte recurrente, la Audiencia Provincial, acuerda desestimar el recurso de apelación, asumiendo como propios los fundamentos de la resolución apelada, por considerarlos correctos y acertados. Esto, habida cuenta que no concurren en el presente caso los presupuestos legales que determinan la competencia de los tribunales españoles y en concreto del juzgado civil nº 1 de Cieza para el conocimiento de la demanda de divorcio.

25. A este respecto, los razonamientos del Tribunal “ad quem” se centran en la valoración de las pruebas que, a su juicio, no acreditan, que los cónyuges tengan su residencia habitual común en nuestro país, así como tampoco la residencia habitual en España ni de la demandante ni del demandado. Para alcanzar esta conclusión, la Audiencia Provincial de Murcia realiza un interesante análisis de los datos presentes en la situación, tal como a continuación se detallarán:

- 1º) La estancia de los esposos en Rojales (Alicante) desde diciembre 2016 a marzo 2017 y en Barinas (Murcia) desde abril 2017 a junio 2017, que el Tribunal “ad quem” considera que no responde al concepto de residencia habitual, dado que entiende que es transitoria y de índole turística. Este argumento se corresponde con los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE, examinados en un epígrafe anterior, habida cuenta que no puede considerarse que la esposa tuviera en esos lugares su centro social de vida al tiempo de la demanda, dado que, en ambos casos, se trataba de una residencia temporal o pasajera, que no reúne los requisitos de estabilidad y vocación de permanencia que permitirían calificarla como residencia habitual.
- 2º) La adquisición de un inmueble en nuestro país en el año del 2017, documentada en escritura pública notarial, y los documentos correspondientes a los consumos de energía eléctrica aportados por la demandante, respecto de los cuales la Audiencia infiere que tampoco constituyen prueba suficiente para acreditar la residencia habitual en España de la recurrente. Más aún cuando en la escritura pública del préstamo hipotecario se hace constar que la esposa tenía su domicilio en Alemania y por tanto, su residencia habitual no se encontraba en nuestro país. No cabe duda de que los razonamientos del Tribunal “ad quem”, nuevamente se corresponden con el concepto autónomo de residencia habitual fijado por el TJUE, dado que de la compra del referido inmueble y de la existencia de consumos de electricidad, no se

deduce la voluntad manifiesta de la recurrente de establecer el centro habitual de sus intereses en nuestro país y menos aún, una presencia en territorio español que reúna el suficiente grado de estabilidad.

26. Los argumentos anteriores permiten al Tribunal “ad quem” alcanzar la conclusión de que el centro de intereses de la demandante no se encuentra en España, así como que no existe un concreto interés debidamente justificado de residencia estable de la recurrente en nuestro país. En este punto, cabe recordar que, ciertamente, el TJUE ha dejado sentado que no es necesario que los intereses de la persona adulta se agrupen en un solo Estado miembro y que el sujeto no está obligado a que sus vínculos sociales y familiares se encuentren todos en el lugar donde el cónyuge reside habitualmente. Ahora bien, no es menos cierto que, tal como se ha indicado en los párrafos que anteceden, lo verdaderamente relevante es que, de lo actuado en el caso enjuiciado, no parece deducirse que la esposa haya puesto de manifiesto su voluntad de fijar el centro habitual de sus intereses en España y tampoco ha demostrado que su presencia en nuestro país acredite un grado de estabilidad suficiente.

27. Por último, la Audiencia Provincial de Murcia resuelve que tampoco resultaría aplicable al supuesto de autos lo dispuesto en el último apartado del artículo 3.1ª a) ya que los criterios sobre residencia habitual que se mencionan y los tiempos de su vigencia que prevé están referidos únicamente para los casos de demanda conjunta de divorcio, lo que aquí no acontece. En este punto, hay que poner de relieve que el Tribunal “ad quem” incurre en un error, toda vez que el sexto foro del art.3.1.a) RBII bis -que hace referencia a 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 a que sea nacional del Estado miembro en cuestión-, no requiere que estos requisitos concurren únicamente en el caso de demanda conjunta. Más concretamente, ha sido criticado por la doctrina por considerarlo un *fórum actoris*, es decir un foro a favor del cónyuge demandante, que puede resultar exorbitante y contrario al art.24 CE y al art.6 CEDH, en tanto que puede ser utilizado por sujetos con una gran capacidad económica para provocar la competencia de unos tribunales con los que el supuesto no presenta en realidad una vinculación suficiente³⁰. Es únicamente el cuarto foro del art.3.1.a) RBII bis el que se dedica expresamente a los casos de demanda conjunta por ambos cónyuges, supuesto en el cual se faculta a éstos a interponer la demanda ante los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges.

26. Para terminar, es interesante la referencia que realiza la Audiencia al RBII ter y al mantenimiento de idénticos criterios objetivos, aunque no era necesaria, puesto que no resulta todavía de aplicación.

IV. Conclusiones finales

27. Hasta el momento se ha analizado, en líneas generales, el marco normativo regulador de las crisis matrimoniales vigente en nuestro país. También se ha concretado el concepto de residencia habitual del cónyuge a los efectos del RBII bis (y por tanto, también del RBII ter), conforme a la jurisprudencia del TJUE. Todo lo cual se ha puesto en relación con el asunto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Murcia, objeto del presente trabajo. Dicho estudio ha permitido dar respuesta a la pregunta formulada como título del artículo y en consecuencia, extraer las siguientes conclusiones:

28. Primera.- Si se plantea una demanda de separación judicial, nulidad o divorcio con elementos internacionales ante los Tribunales españoles, a fin de verificar si disponen de competencia judicial internacional para conocer del proceso, éstos han de aplicar el RBII bis, cuyo art.3 contienen un elenco de siete foros, que se controlan de oficio, tienen carácter exclusivo y son alternativos.

³⁰ En este sentido, se posicionan, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p.243.

29. Segunda.- El órgano jurisdiccional español ante el que se ha formulado la demanda está obligado a declararse internacionalmente competente y en consecuencia, a conocer sobre el fondo del asunto, cuando pueda fundamentar su competencia internacional en uno de los foros del art. 3 RBII bis, sin que pueda abstenerse, aunque las partes manifiesten su oposición o el propio tribunal considere que existe otro órgano mejor situado para enjuiciar la controversia. Ahora bien, si ninguno de los foros del art.3 RBII bis atribuye competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles, pero, de los mismos se deduce la competencia de otros tribunales de otro Estado miembro, lo procedente sería que los tribunales españoles declarasen su falta de competencia judicial internacional para dirimir el divorcio, tal como han llevado a cabo el Juzgado de Primera Instancia de Cieza y la Audiencia Provincial de Murcia, vía recurso de apelación. Aquí, respecto al supuesto analizado, hay que hacer hincapié en lo acertado de las resoluciones dictadas tanto en primera instancia como en apelación, dado que, frente al planteamiento deficiente de la demanda formulada por la esposa, han aplicado correctamente las normas de Derecho Internacional Privado español en materia de crisis matrimoniales.

30. Tercera.- Sólo en el caso de que no dispongan de ningún foro que les otorgue competencia judicial internacional conforme al RBII bis y de que del art.3 RBII bis no se deduzca la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, los jueces y tribunales españoles podrán recurrir a los foros previsto en los arts.22, 22 bis, 22 ter y 22 quáter c) LOPJ. Si no concurre ninguno de dichos foros, los órganos jurisdiccionales españoles deberán de declararse de oficio competentes.

31. Cuarta.- Habida cuenta que el art.3.1.a) incorpora el criterio de la residencia habitual en su listado de foros, el tribunal español ante el que se haya planteado la controversia, será el encargado de dilucidar si la residencia de los cónyuges se sitúa en nuestro país, en función de los datos que figuren en cada litigio concreto. Con esta finalidad los órganos jurisdiccionales españoles habrán de tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, que toma en consideración principalmente dos circunstancias, que igualmente han sido valoradas por la Audiencia Provincial de Murcia en su auto de fecha 11 de febrero de 2021: la existencia de voluntad manifiesta del cónyuge de que se trate de fijar el centro habitual de sus intereses en España y que su presencia en nuestro país acredite un grado de estabilidad suficiente.

32. A modo de reflexión final, resultan muy ilustrativas las siguientes palabras del Profesor Javier Carrascosa, que ponen de relieve, como se ha dicho al principio de este trabajo, la importancia de que los operadores jurídicos conozcan los entresijos del Derecho Internacional Privado: “Al igual que los metales con los que se fabrica un cuenco tibetano, que representan los siete cuerpos celestes que se pueden ver a simple vista (oro – Sol, plata – Luna, mercurio – Mercurio, hierro – Marte, plomo – Saturno, estaño – Júpiter y cobre – Venus), los foros de competencia del art. 3 RB II-bis también son siete. El jurista que sabe extraer la mejor melodía de esos foros y encontrar el foro que atribuye competencia internacional a los tribunales españoles es el jurista que sabe cómo plantear correctamente un litigio transfronterizo de divorcio...³¹”.

³¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España. Siete foros de competencia, siete metales y un cuenco tibetano”, *Accursio Dip. Blog*, 18 junio 2021, <http://accursio.com/blog/?p=1310>.