

Roj: AAP M 3858/2011
Id Cendoj: 28079370222011200098
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 22
Nº de Recurso: 312/2011
Nº de Resolución: 123/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: EDUARDO HIJAS FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Auto

MADRID

AUTO: 00123/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

18020

C/ FRANCISCO GERVAS N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7002706 /2011

Rollo: RECURSO DE APELACION 312 /2011

Proc. Origen: DIVORCIO CONTENCIOSO 1106 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 24 de MADRID

Ponente:

Demandado/Apelante: Eufrasia

Procurador: ANTONIO ORTEU DEL REAL

Demandante/Apelado:

Procurador:

AUTO Nº

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. **Eduardo Hijas Fernández**

Ilmo Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

En Madrid a 5 de abril de 2011

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, el presente incidente derivado del procedimiento de divorcio seguido, bajo el nº 1106/2009 , ante el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid, siendo apelante, doña Eufrasia , representada por el Procurador don Antonio Orteu del Real y defendida por el Letrado don Luis Emilio Ugena Yustos .

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don **Eduardo Hijas Fernández**.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 28 de octubre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE INADMITE LA DEMANDA de Divorcio Contencioso presentada por el Procurador D. ANTONIO ORTEU DEL REAL en nombre y representación de Dª Eufrasia , frente a D. Celestino , por las razones expuestas, procediéndose al archivo sin más trámite.

Contra la presente resolución cabe interponer dentro del quinto día recurso de Apelación, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000* , para cuya admisión será necesario la constitución

De depósito, en la cantidad de 50 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, 2452-0000-15-, conforme a lo dispuesto en la *LOPJ, modificada por la LO 1/09* , a excepción del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos.

Así lo manda y firma DON JUAN PABLO GONZALEZ DEL POZO, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid, doy fe."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Eufrasia , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado al Ministerio Fiscal, que presentó escrito adhiriéndose al recurso

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 4 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -La problemática procesal que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en la demanda presentada por doña Eufrasia en la que, invocando la legislación sustantiva marroquí de aplicación al caso, y que aporta mediante fotocopia, solicita del Juzgado que, previa la tramitación oportuna, se declare disuelto, por divorcio, el matrimonio contraído por la misma con don Celestino .

Mediante Providencia de fecha 22 de marzo de 2010, el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid, en el que, tras diversas incidencias, recayó finalmente la competencia para conocer de dicha litis, acuerda requerir a la actora, bajo apercibimiento de inadmisión de la demanda, para que "subsane las deficiencias sufridas en la presentación consistentes en tener que fundamentar la demanda en la Legislación Marroquí que deberá ser aportada debidamente legalizada".

Dicha demandante presenta, en 16 de abril siguiente, escrito en el que expone que le ha sido imposible hasta la fecha conseguir dicha legislación, suplicando que se admita a trámite la demanda, sin perjuicio de que, en la fase de prueba, y a solicitud de dicha litigante, puedan dictaminarse, a través del Consulado de Marruecos en Madrid, si la legislación aportada con la demanda por copia simple se corresponde, o no, con la vigente en dicho país.

Se dicta, en 28 de abril, Providencia en la que, visto el contenido del escrito presentado por la parte actora, se acuerda lo siguiente: "estese de conformidad con el contenido del *artículo 281.2 de la L.E.C.* , así como fundamentar la demanda de Divorcio Contencioso interpuesta en dicho derecho".

La actora presenta nuevo escrito en fecha 21 de septiembre, en el que expone que su demanda se encuentra fundamentada en el derecho marroquí, suplicando su admisión a trámite.

Finalmente el Órgano a quo resuelve no admitir a trámite dicha demanda, mediante Auto 28 de octubre 2010 en el que, tras exponer, en su antecedente de hecho que la parte actora no ha cumplido el requerimiento de fundamentar la demanda en la legislación marroquí, razona, en su fundamentación jurídica, que no se han acompañado a dicho escrito rector del procedimiento los documentos requeridos en las antedichas providencias, lo que conlleva la aplicación al caso de las previsiones del *artículo 269-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Y contra dicho criterio decisorio se alzan tanto la referida litigante como el Ministerio Fiscal, suplicando de la Sala que, con revocación del mismo, se declare que procede dar curso a la demanda presentada.

SEGUNDO.- La competencia de los tribunales españoles para conocer de la litis de divorcio de dos súbditos extranjeros residentes en nuestro país, conforme previenen los *artículos 3 a) del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de Europa y 22-3º* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no conlleva, sin embargo, la aplicación de la normativa sustantiva patria a todos los supuestos que ante dichos Órganos puedan plantearse.

Así, dentro de las normas de conflicto contenidas en el Código Civil, el *artículo 9º* previene, con carácter general, que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos. En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho *precepto remite al 107* , conforme al cual la constitución del nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial habrá de regirse por la ley nacional común de los esposos en el momento de la presentación de la demanda.

Bajo tales exigencias legales, y dado que en el caso examinado ambos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí, se impone, en principio, que la resolución judicial acerca del divorcio solicitado por la demandante se fundamente en legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, según previene el *artículo 281 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil* .

La representación de la ahora recurrente que, en el escrito rector del procedimiento, invoca la legislación marroquí como apoyo jurídico de su petición de divorcio, aporta, junto con dicha demanda, una copia simple de la regulación legal contenida en el Código de la Familia Al Mudawwanah acerca del matrimonio y su crisis. Ciertamente es que dicho medio probatorio, al no venir debidamente averiguado respecto de su ajuste a la realidad legislativa de dicho país, resulta insuficiente para la resolución de la litis en los términos contemplados en el citado *artículo 107* . No puede, sin embargo, olvidarse que el propio *artículo 281-2 L.E.C.* , tras disponer que el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, añade que el tribunal podrá valerse, para su aplicación, de cuantos medios de averiguación estime necesarios.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del *artículo 24 C.E.* , habla de "la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español", para añadir que "la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones" (S:T.C. 17-1-2000). Por su parte el Tribunal Supremo declara que "si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable" (S. 3-3-97).

En el caso, las dudas que podría suscitar la prueba aportada por la actora sobre el legislación marroquí que invoca en apoyo de su pretensión, en orden a su ajuste a la realidad, podían ser despejadas además en la posterior fase de prueba, por diversos medios, y entre ellos, los del fondo documental del CENDOJ proporcionado, a través de la extranet de Jueces y Magistrados, por el Consejo General del Poder Judicial, en el que se recoge la legalidad marroquí que, en los artículos aplicables al caso, coincide plenamente con la prueba documental aportada con el escrito rector del presente procedimiento.

En consecuencia, no podemos, en modo alguno, compartir el precipitado criterio decisorio plasmado en la resolución impugnada, que entra en abierta colisión con el principio de acceso a la justicia que proclama el *artículo 24* de la Constitución española, en cuanto garantiza los derechos de todas las partes para llegar a la decisión final o de fondo, positiva o negativa. Por ello, y como declara el Tribunal Constitucional, ha de distinguirse, en orden a la admisión a trámite de la demanda, entre requisitos ineludibles o inexcusables y salvables o subsanables, a lo que añade la necesidad de una interpretación de los mismos que las leyes procesales y la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizan, según la actual y progresiva tendencia de favorecer la subsanación de los defectos susceptibles de reparación. Y se agrega que el *artículo 24-1 C.E.* impone al Juez el deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame, sin denegar esa protección mediante una aplicación desproporcionada de las normas procesales y teniendo en cuenta en el ejercicio de ese favor actionis la entidad del defecto y la posibilidad de cumplir a pesar de todo los fines que la regla incumplida persigue (Ss. 5/88 y 15/90).

En el supuesto que examinamos ni siquiera existe, en el inicial planteamiento de la hoy recurrente, defecto alguno susceptible de ser subsanado en dicha fase del procedimiento, con las ineludibles consecuencias contempladas en el *artículo 269-2 L.E.C.* , pues, como se ha expuesto, la pretensión de divorcio se fundamenta en la legislación marroquí, al ostentar ambos esposos dicha nacionalidad común, la que, conforme al *artículo 281-2 L.E.C.* , puede ser cumplidamente acreditada, incluso de oficio por el propio Órgano a quo, en la ulterior fase probatoria.

No puede tampoco olvidarse que, de alcanzarse en el curso ulterior del procedimiento un consenso entre los esposos acerca de la disolución vincular y sus efectos complementarios, se plantearía inclusive, en aplicación de lo prevenido en el *artículo 107-2* , apartado b), la posibilidad de resolverse el procedimiento conforme a la legalidad sustantiva española, en cuya hipótesis sería de aplicación el clásico principio "da mihi factum, ego dabo tibi ius".

Razones todas ellas que determinan el acogimiento de la pretensión revocatoria articulada.

TERCERO.- Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas devengadas en la alzada, conforme dispone el *artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III DISPONEMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por doña Eufrasia y el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado, en fecha 28 de octubre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid, en procedimiento de divorcio seguido bajo el nº 1106/2009 , debemos revocar y revocamos, dejándola sin efecto, dicha resolución y, en su lugar, ordenamos que por el Órgano a quo se admita a trámite la demanda presentada por la hoy recurrente, y ello sin perjuicio de lo que finalmente haya de resolverse, en el momento procesal ad hoc, respecto de las pretensiones entabladas.

No se hace especial condena en las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro Auto, el que se llevará testimonio al rollo de la Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.