



Roj: **AAP VI 66/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:66A**

Id Cendoj: **01059370012023200041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2023**

Nº de Recurso: **527/2023**

Nº de Resolución: **51/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVIA VIÑEZ ARGUESO**

Tipo de Resolución: **Auto**

A U T O N.º Número de resolución

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE: D. EMILIO RAMÓN VILLALAIN RUIZ

MAGISTRADO: D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA

MAGISTRADA: D.ª SILVIA VIÑEZ ARGÜESO

LUGAR: Vitoria-Gasteiz

FECHA: 3 de julio del 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- En el Procedimiento de Divorcio Contencioso número 147/2022 con hijos menores de edad, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz ha dictado el Auto núm. 21/2023, de 11 de abril, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- SE INADMITE A TRÁMITE LA DEMANDA de Divorcio promovida por el/la procurador/a Sr./Sra. JAVIER AREA ANITUA, en nombre y representación de Victoria , frente a Jose Luis .

2.- Archívense las actuaciones." (sic).

SEGUNDO- Frente a la anterior resolución interpuso recurso de apelación D.ª **Victoria** , asistida por el Letrado D. Benito Froufe Isla y representada por el Procurador D. Javier Área Anítua, recurso que se tuvo por interpuesto, dándose traslado del mismo a **EL MINISTERIO FISCAL**, el cual interesó la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida. Seguidamente, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial previo emplazamiento de la parte.

TERCERO- Comparecida dicha representación y recibidos los autos en la Upad de esta Sección, por Diligencia de Ordenación de 31 de mayo se mandó tramitar la apelación con el núm. 527/2023, turnándose la ponencia a la magistrada suplente Dª Silvia Viñez Argüeso. Por Providencia del 9 de junio se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso de apelación el día 29 siguiente.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Planteamiento.

El 27 de octubre de 2022 D.ª Victoria presentó **demanda de divorcio** contencioso contra su esposo D. Jose Luis , solicitando que se le atribuyera a ella la custodia de los cuatro hijos comunes y el uso de la vivienda familiar, así como alimentos en favor de los hijos a cargo del padre; mediante otrosí digo, al amparo del artículo 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil solicitaba la adopción de **medida cautelar** mientras se tramita

el procedimiento de divorcio, consistente en que se le atribuya a ella y a los hijos (tres de ellos menores de edad) el uso de la vivienda familiar que tienen en régimen de alquiler, basando esta solicitud en razones de urgencia, ya que estaba próxima a terminar la condena de alejamiento del demandado, y la demandante tenía fundados temores de que el demandado pudiera intentar retornar al domicilio familiar, y reproducirse los hechos que dieron lugar a la causa penal finalizada mediante sentencia condenatoria por violencia de género dictada el 5 de octubre de 2022 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria-Gasteiz.

La demandante acompañó a la demanda testimonio literal, con su traducción, del acta de matrimonio inscrita en el Registro Civil de Berkane (Marruecos), habiéndose celebrado el matrimonio el 17 de julio de 2001. También acompañó las certificaciones literales de las actas de nacimiento de los cuatro hijos, habiendo nacido los tres últimos en España (dos en DIRECCION000 y uno en DIRECCION001); según consta en las actas de nacimiento de los tres hijos menores, **el demandado tiene declarado en 2006, 2009 y 2015 ante los Registros Civiles de DIRECCION000 y de DIRECCION001, donde compareció personalmente para inscribir los respectivos nacimientos de sus tres hijos menores de edad, que contrajo matrimonio con la madre (la demandante) en Marruecos** el 17 de julio de 2001.

Aunque la demanda iba dirigida al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 4, el cual se inhibió en favor de aquél.

Por Auto de 20 de diciembre de 2022 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer aceptó la inhibición, admitió a trámite la demanda mandando sustanciarla por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 LEC, y, observando que no se acompaña a la demanda "CERTIFICADO LITERAL DE MATRIMONIO LEGALIZADO, APOSTILLADO", conforme a los arts. 231 y 770 LEC confirió a la demandante un plazo de 10 días para subsanar el defecto, apercibiéndola que si no presentara el documento en el plazo indicado, se archivarían las actuaciones.

El 19 de enero de 2023 la demandante solicitó una prórroga de 20 días puesto que todavía estaba a la espera de que le diera cita previa el consulado de Marruecos en Bilbao para legalizar y apostillar el certificado literal de matrimonio. Concedidos 10 días, la demandante volvió a solicitar una prórroga por la misma razón. Se le concedió nuevo plazo improrrogable de 10 días, haciendo saber a la demandante que caso de no presentar el documento indispensable para la admisión de la demanda, se procedería al archivo, pudiendo instar nuevamente la demanda cuando disponga de todos los requisitos obligatorios e imprescindibles para su admisión.

El 27 de marzo de 2023 la demandante expuso al juzgado que el consulado le había denegado la legalización y apostilla por carecer de competencia, siendo el órgano competente el registro civil de Berkane; que ha intentado que sus familiares en Marruecos obtengan la apostilla, negándose por razones culturales y religiosas contrarias al divorcio; y que ella carece de medios económicos para desplazarse personalmente hasta Marruecos. A la vista de todo ello, y dado que el acta de matrimonio presentada cumple lo previsto en los arts. 265, 267 y 268 LEC, la demandante solicita del juzgado que tenga por acreditada la realidad del matrimonio cuya disolución por divorcio pretende, y continúe con la tramitación del procedimiento, aduciendo que el archivo del mismo le causaría un grave perjuicio a ella y a sus cuatro hijos, toda vez que, por un lado, el demandado es el titular del contrato de alquiler de protección oficial de la vivienda familiar en la que residen y Alokabide exige a la demandante sentencia de divorcio para cambiar la titularidad del contrato a su favor, y, por otro lado, tiene solicitada en la demanda pensión de alimentos en favor de los hijos a cargo del padre.

El 11 de abril de 2023 el juzgado dicta Auto inadmitiendo a trámite la demanda de divorcio y mandando archivar las actuaciones porque la demandante no ha aportado "certificado literal de matrimonio, legalizado, apostillado y actualizado" pese a los 3 plazos de 10 días concedidos para subsanar el defecto de la documentación aportada.

Recorre en apelación la demandante reiterando lo manifestado ante el juzgado y alegando que la ley no exige el requisito de apostilla o legalización que le exige el juzgado vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva, que procede seguir adelante con el procedimiento, y que será, en su caso, el demandado, quien impugne la validez del acta de matrimonio acompañada a la demanda, de manera que en tal caso el juzgado podrá valorar la necesidad de solicitar mediante comisión rogatoria certificado literal de matrimonio, legalizado, apostillado y actualizado.

El Ministerio fiscal interesa la confirmación de la resolución impugnada, por sus propios fundamentos.

SEGUNDO- Certificación de la inscripción del matrimonio. Apostilla.

La regla 1ª del art. 770 LEC establece que a la demanda de divorcio deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y las de inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro Civil.

El Auto recurrido no cita con fundamento a qué otra norma exige a la demandante " *CERTIFICADO LITERAL DE MATRIMONIO LEGALIZADO, APOSTILLADO*" / " *certificado literal de matrimonio, legalizado, apostillado y actualizado*".

Desde el 14 de agosto de 2016 **Marruecos** se incorpora al Convenio de Apostilla de La Haya, por el cual los documentos públicos marroquíes requieren apostilla para que sean autenticados y válidos en España, no precisando desde entonces también legalización.

El art. 269.2, en relación con el art. 266.4º, LEC establece que no se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos que la ley exija expresamente para la admisión de la demanda. No obstante, el art. 265.2.1, en relación con el art. 270.1.3º, LEC dispone que cuando las partes, al presentar la demanda, no puedan disponer de las certificaciones sobre cualesquiera asientos registrales, podrán designar el registro; y el art. 267 LEC admite la copia simple y prevé que si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos certificación con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

En el presente supuesto, la demandante acompañó testimonio literal del acta de su matrimonio con el demandado, testimonio en el que consta el detalle pormenorizado de dónde está inscrita el acta, así como el detalle pormenorizado de dónde está anotado el testimonio, y lo cierto es que la demandante, requerida, **ha justificado suficientemente por qué no ha podido obtener después una certificación con apostilla**, por lo que entendemos que, estando como estaba admitida la demanda, no debió archivarse el procedimiento, sino que debió continuarse por sus trámites, máxime cuando al testimonio literal del acta de matrimonio se suma el hecho acreditado a través de otros documentos acompañados a la demanda, de que el demandado tiene reconocido hasta en tres ocasiones ante registros civiles españoles, que efectivamente contrajo matrimonio con la demandante en **Marruecos** en la misma fecha que consta en el citado testimonio que lo contrajo.

Pero, es que, además, es de tener en cuenta que en el procedimiento de divorcio también se dilucida el especial interés de los hijos comunes menores de edad, máxime si en la demanda se solicitan medidas cautelares, urgentes o provisionales ex arts. 102, 103 y 158 del Código Civil, y 773.1 LEC, toda vez que la decisión sobre dichas medidas depende precisamente de la admisión de la demanda de divorcio por cuanto que, conforme al art. 773.2 LEC, admitida la demanda el tribunal resolverá sobre aquéllas. En el presente supuesto, el Auto recurrido siquiera menciona la medida cautelar solicitada mediante otrosí digo de la demanda.

TERCERO- Costas.

De conformidad con el art. 398.2 LEC, la estimación del recurso lleva a no hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Victoria , contra el Auto núm. 21/23 dictado en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 147/22 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria- Gasteiz, y, en su virtud, **revocando** dicho auto, debemos **acordar** que se proceda a la admisión de la demanda presentada por citada representación y que se continúe el procedimiento por sus trámites legales; todo ello, sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso ordinario de clase alguna.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.