



Roj: **SAP M 20015/2023 - ECLI:ES:APM:2023:20015**

Id Cendoj: **28079370222023100738**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **18/12/2023**

Nº de Recurso: **195/2022**

Nº de Resolución: **955/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS PUENTE DE PINEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.:

seccion22civil@madrid.org

37007740

N.I.G.: 28.014.00.2-2021/0000910

Recurso de Apelación 195/2022 GRUPO 6 TELF. 914936135 - 6128

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 08 de Arganda del Rey

Autos de Familia. Divorcio contencioso 94/2021

Apelante: DON Jesús María

Procuradora: DOÑA MARIA SONIA POSAC RIBERA

Apelada: DOÑA Paloma

Procurador: DON LUIS DE ARGÜELLES GONZALEZ

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

SENTENCIA N° 955/2023

Magistrados:

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilma. Sra. Doña María Carmen Royo Jiménez

Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo

_____ /

En Madrid, a 18 de diciembre de 2023.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre Divorcio contencioso seguidos bajo el nº 94/2021, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Arganda del Rey, entre partes:

De una como apelante, don Jesús María , representado por la Procuradora doña María Sonia Posac Ribera.

De otra como apelada, doña Paloma , representada por el Procurador don Luis de Argüelles González.



Ha sido parte igualmente el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Luis Puente de Pinedo.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2021, por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Arganda del Rey, se dictó Sentencia nº 228/2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D^a Aranzazu Estraña Yáñez en nombre y representación de D^a Paloma (D.N.I. NUM000) frente a D. Jesús María D.N.I. NUM001 , y en consecuencia debo ACORDAR y ACUERDO las siguientes medidas en relación a las dos hijas comunes de ambos progenitores la menor Santiago) nacida el NUM002 .2005 con D.N.I. NUM003 , y Cecilia nacida el NUM004 .2003, con D.N.I. NUM005 , ambas con **nacionalidad** española,

1^a) patria POTESTAD COMPARTIDA entre ambos progenitores.

2^a) GUARDA y CUSTODIA de la menor Santiago) nacida el NUM002 .2005 con D.N.I. NUM003 a favor de D^a Paloma con D.N.I. NUM000 .

3^a) REGIMEN DE COMUNICACIÓN y ESTANCIA, respecto a la menor Santiago), procederá el que libremente acuerde esta con sus progenitores.

4^a) PENSION POR ALIMENTOS, se establece la cuantía de 150'00 euros mensuales a favor de cada una de las hijas, en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la actora, cantidad que deberá abonar el demandado dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizara a fecha 1 de enero de cada año en función a las variaciones del I.P.C que apruebe el I.N.E u Organismo que le sustituya, teniendo efecto la primera actualización el 1 de enero de 2.022.

5^a) GASTOS EXTRAORDINARIOS, serán satisfechos por ambos cónyuges al 50%. Se exceptúan de aprobación previa aquellos supuestos de inaplazable perentoriedad o urgencia que haya que hagan imposible su consulta con antelación, si bien, el progenitor no presente será inmediatamente informado del origen del gasto extraordinario, su naturaleza y su cuantía.

En todo caso tendrán la consideración de gastos extraordinarios los siguientes, los derivados de asistencia médica, y en particular por enfermedad, intervenciones quirúrgicas, odontología, ortodoncia, oftalmología, ortopedia, homeopatía, gafas o lentes de contacto, psicología, psiquiatría, servicio de terapeutas y cualesquiera otros gastos médicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores, actividades extraescolares o de apoyo académico, libros, cursos fuera del centro escolar, etc., que no tengan carácter periódico y que ambos progenitores, de mutuo acuerdo, consideren su conveniencia (larga enfermedad o intervención quirúrgica, no cubierta por la seguridad social u otra entidad de salud a la que pudieran pertenecer ambos progenitores, odontología y/u ortodoncia, óptica, ortopedia, tratamientos psicológicos y similares, actividades extraescolares y deportivas, clases de apoyo académico o formación complementaria); siendo requisito previo necesario para incurrir en el gasto, su conformidad expresa en el concepto y en la cuantía. En el supuesto de no existir consenso en un determinado gasto, éste será de cuenta y cargo en exclusiva del progenitor que unilateralmente lo haya decidido. En caso de que estos gastos superen el importe de lo ingresado en la cuenta mancomunada, ambos progenitores los asumirán 50% consensuando previamente la necesidad del desembolso.

6^a) Ambos progenitores no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de la hija menor sin consentimiento expreso del otro progenitor o, en su defecto, de autorización judicial.

7^a) El progenitor que en ese momento se encuentre con su hija podrá adoptar decisiones respecto a ellos en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el día a día del menor puede producirse.

No procede hacer expresa imposición a las partes de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de Apelación en el plazo de los VEINTE DÍAS siguientes al de su notificación, ante este mismo Juzgado y para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.



Una vez sea firme la presente Sentencia, comuníquese al encargado del Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio de los padres y el nacimiento de los hijos.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones, con inclusión del original en el libro de Sentencias.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de don Jesús María, exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación procesal de doña Paloma y por el Ministerio Fiscal, sendos escritos de oposición al recurso presentado.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 14 de diciembre de 2023.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento y antecedentes. Doña Paloma interpuso demanda de divorcio contra D. Jesús María, con quien había contraído matrimonio el 3 de diciembre de 2003 en Casablanca (Marruecos), habiendo nacido de esa unión dos hijas, Cecilia y Santiago, los días NUM006 de 2003 y NUM002 de 2005, respectivamente.

La demanda interesaba que se dictase sentencia en la que se acordase la disolución matrimonial por divorcio, estableciendo como medidas definitivas un régimen de guarda y custodia monoparental materna, atribuyéndole también en exclusiva la patria potestad, ante la absoluta ausencia de relación con sus hijas, suspendiéndose cualquier tipo de comunicación del demandado con las hijas y fijando una pensión alimenticia de 200 € mensuales por cada una de ellas.

D. Jesús María presentó escrito de contestación a la demanda en el que, con carácter previo, se alegó la excepción de cosa juzgada y litispendencia al haberse iniciado un procedimiento ante las autoridades judiciales de Marruecos. Asimismo, se destacaba que el matrimonio se había contraído en el año 2001, y no en el 2003, solicitando que se estableciese un régimen de patria potestad compartida, manteniendo la custodia materna hasta que el demandado dispusiera de un espacio habitacional adecuado, se estableciera el correspondiente régimen de visitas, comunicaciones y estancias, y que la pensión alimenticia se correspondiese con el mínimo vital.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 8 de Arganda del Rey dictó sentencia el 26 de noviembre de 2021 en el procedimiento de divorcio 94/2021, en la que se estimó la demanda interpuesta, acordando la disolución por divorcio del matrimonio, estableciendo un régimen de custodia monoparental materna, con patria potestad compartida, dejando al acuerdo entre el progenitor y su hija aún menor de edad el régimen de comunicaciones y estancias, y fijando el importe de la pensión alimenticia en la suma de 150 € por hija, más el 50 % de los gastos extraordinarios.

SEGUNDO.- Recurso de apelación. D. Jesús María interpuso recurso de apelación contra esa sentencia, alegando, en primer lugar, la incongruencia de la sentencia por haberse estimado una demanda de divorcio, pese a no existir un matrimonio inscrito en España. En segundo lugar, se alegó la vulneración de normas procesales con incongruencia de la sentencia y la concurrencia de excepciones procesales objetivas. Finalmente, se solicitó la imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Incongruencia de la sentencia. En el primer motivo de recurso se ponía de manifiesto que la demanda iniciada por la parte contraria se había articulado en base a los artículos 753 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo requisito la aportación de la certificación de inscripción de matrimonio y, sin embargo, ese matrimonio no constaba inscrito en España, por lo que no podía haberse acordado el divorcio. A la vista de ello, se entendía por la parte apelante que el pronunciamiento debía ser desestimatorio.

Lo cierto es que junto con la demanda se acompañó la certificación del acta matrimonial, sin que se hubiese cuestionado su autenticidad o recurrido la admisión a trámite por falta de acreditación de los presupuestos procesales necesarios, centrándose en esta fase procesal el recurso en el hecho de que no constaba inscrito ese matrimonio en España.



En ningún caso es condición necesaria para la disolución del vínculo matrimonial que el matrimonio hubiese sido inscrito en España, puesto que, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, tal inscripción no es constitutiva. En efecto, como señalara la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 17 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:4120), " hemos de recordar que dispone el art. 49 del CC . que " *Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España.... y que también podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración " de forma que contraído el matrimonio en el extranjero en cualquiera de las formas establecidas por la lex loci de aquel país, se considera válido. Por su parte, el art. 61 del mismo Código dispone que " El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas ", de manera que los efectos civiles y económicos del matrimonio se producen desde su celebración entre los contrayentes. La inscripción, que se hará conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil y su Reglamento, no tiene efectos constitutivos, es decir que los efectos del matrimonio se producen entre los cónyuges con independencia de que la misma se haya o no efectuado. En su consecuencia la inscripción o no del matrimonio contraído no afecta a su existencia y eficacia jurídica, pudiendo acreditarse la celebración del matrimonio por otros medios de prueba ajenos al acta de inscripción (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1984). La Dirección General del Registro, en resolución de 23 de diciembre de 1981 ha proclamado que el hecho de que el enlace no haya sido aún inscrito, no constituye motivo bastante para negar la existencia y efectos del matrimonio, que nacen desde su celebración. Igualmente la STS nº 36/2006 de 24 de enero de 2006 , declara que siendo indudable la existencia del matrimonio, sin acreditarse su falta de validez de acuerdo con la lex loci, recuerda que el requisito de su inscripción no le privaría de efectos entre los cónyuges (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1996, de 11 de enero de 1999, de 12 de febrero de 1994, de 11 de abril de 1995, de 1 de julio de 1989, etc). Desde esta perspectiva ni el artículo 61 del Código Civil ni ninguna otra norma de dicho Código o de la legislación del Registro civil autorizan a erigir a la inscripción en elemento de valor constitutivo en el perfeccionamiento del acto del matrimonio; la inscripción del matrimonio no tiene otro valor que el de título de legitimación privilegiado que es propio de la generalidad de las inscripciones del Registro civil", por lo que, no habiendo sido controvertido en la instancia ni el acto de celebración del matrimonio ni el lugar, nada obsta a que ese matrimonio se considere válido y eficaz respecto de ambas partes. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, Sentencia nº 46/2015, de 9 de marzo de 2015. A mayor abundamiento, en el presente caso en el momento en que ambas partes contrajeron matrimonio residían en Marruecos y carecían de vínculo alguno con nuestro país, tal y como se refleja en la propia acta.*

Por otro lado, consta la legalización por parte del juzgado competente el 3 de diciembre de 2001, por todo lo cual no solo se dio estricto cumplimiento a las formalidades propias del lugar donde se celebró el matrimonio, sino que se acompañó la certificación requerida en nuestra legislación procesal para que pudiese ser admitida a trámite la demanda. Por tanto, no existe incongruencia alguna, ni podría entenderse que la inscripción de ese matrimonio en España fuera requisito para iniciar un proceso de divorcio.

CUARTO.-Infracción de normas procesales. En este segundo motivo de recurso se articulan argumentos muy diversos suscitando cuestiones que debieron ser objeto de diferentes motivos del recurso, lo que dificulta que se aborde de una manera lógica lo recogido en el mismo.

En cualquier caso, parece que, por un lado, se esté planteando la excepción de cosa juzgada por la existencia de un procedimiento entre las partes ante las autoridades judiciales marroquíes. Sin embargo, ni está acreditada la firmeza de la resolución, ni cabría en ningún caso que la sentencia que se dictó por esos tribunales pueda tener efectos de cosa juzgada con arreglo a la legislación interna española. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que ambos tenían ya su residencia en España cuando se inició el divorcio y que tienen dos hijas, ya mayores de edad en la actualidad, nacidas en España, residentes en nuestro país y con **nacionalidad** española.

En segundo lugar, no consta en ningún caso que se hubiese dictado por las autoridades judiciales marroquíes una sentencia firme y aún menos que se haya procedido a solicitar el exequátur, condición indispensable para que pueda desplegar efectos de cosa juzgada. Así se ha manifestado en diversas resoluciones, pudiendo citarse a modo de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:4929A) en la que se señalaba: " *La cuestión que ahora se plantea es si la cosa juzgada también predicable de una sentencia extranjera que todavía no ha obtenido el reconocimiento o exequatur en España, o si para los tribunales españoles la sentencia extranjera que no ha sido reconocida debe considerarse como inexistente y por lo tanto permite entrar a conocer del asunto sin apreciar la excepción de cosa Juzgada. Sobre esta cuestión en cuanto que la sentencia extranjera como lo es en este caso la dictada por los tribunales de Tetuan, no tiene ningún efecto mientras no sea reconocida lo que comporta la imposibilidad de alegar la excepción de cosa juzgada. (...) En definitiva, la sentencia marroquí de divorcio no existe en España en tanto no sea objeto de exequátur".*



Esta misma Audiencia Provincial, Sección 22ª, en sentencia de 23 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:2439 señalaba que) "... dicha sentencia de divorcio no ha sido objeto de exequátur en nuestro país, por lo que no puede reconocérsele efecto alguno. Según dispone el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que las sentencias y demás títulos ejecutivos **extranjeros** tengan fuerza ejecutiva en España se estará a lo dispuesto en los Tratados **Internacionales** y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica **internacional**".

Por tanto, no puede estimarse infracción procesal alguna en la sentencia de primera instancia por haber rechazado los efectos de cosa juzgada de la resolución invocada por la parte demandada.

En el escrito de recurso se suscita seguidamente lo que debería haberse planteado como un motivo independiente de error en la valoración probatoria en cuanto al importe de la pensión alimenticia. Se refleja en ese escrito lo argumentado en la sentencia y en modo alguno se especifica cuál fue el error en la valoración a la hora de determinar cuáles habían sido los ingresos, destacando el apelante que no se había justificado las necesidades de sus hijas. Lo cierto es que el importe reconocido en la sentencia se corresponde con el mínimo vital, siendo evidente que con esa cantidad resultaría imposible cubrir las necesidades más básicas y elementales de sus dos hijas. No es necesario que se acrediten especiales necesidades, puesto que las ordinarias de la vida cotidiana, desde la vivienda, a la alimentación, farmacia, ropa u ocio, serían ya suficientes para que con ese importe no estuvieran debidamente atendidas las necesidades de las dos hijas. La situación económica del apelante motivó precisamente que se fijara la pensión en un importe tan reducido, pero en ningún caso se argumenta que el error en la valoración probatoria exista en la sentencia a la hora de determinar las necesidades de las hijas o la capacidad económica del demandante, por todo lo cual carece del mínimo fundamento lo alegado en este motivo de recurso, que debe ser también desestimado.

QUINTO.- Costas de primera instancia. En el último motivo de recurso se plantea la condena en costas de la parte demandante, ante la improcedencia de la demanda interpuesta por falta de inscripción del matrimonio en España. Sin embargo, desestimados los motivos del recurso y confirmada la sentencia en todos sus términos, es evidente que en ningún caso procedería la condena en costas de la parte demandante, debiendo recordarse, además, que nos hallamos en un procedimiento de especial naturaleza en el que es regla general no imponer costas a ninguna de las partes por las especialidades del procedimiento y su propio objeto.

SEXTO.- Costas. No obstante desestimar el recurso interpuesto, dada la especial naturaleza y el objeto que se ventila en el presente procedimiento, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre las costas del mismo.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto D. Jesús María contra la sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2021, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 8 de Arganda del Rey, en autos nº 94/2021, seguidos entre dicho litigante y Dª Paloma, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Firme que sea esta resolución, dese el destino legal a los depósitos constituidos para recurrir, en su caso.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0195-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ