

MEMENTO PRÁCTICO FAMILIA (Civil)

es una obra colectiva,
realizada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

La presente edición ha sido actualizada por la Redacción de Lefebvre con la colaboración de:

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid)
Capítulo 6

María Rosa GARCÍA CARRERES (Abogada de familia)
Capítulo 9

Carmen SÁNCHEZ VIDANES (Abogada de familia)
Capítulos 1, 3, 11 y 13

Jaime SANZ-DIEZ DE ULZURRUN (Abogado de familia)
Capítulo 9

Participaron en ediciones anteriores de esta obra: Yolanda Dutrey Guantes, José Luis Ferrer Sama, Javier Forcada, María Angeles García Llorente, Jesús Gavilán López, Silvia Hinojal López, Gloria Martín Francisco, Susana Salvador Gutiérrez, Alejandro Sánchez Prieto, Carlos Trinchant Blasco.

© FRANCIS LEFEBVRE
LEFEBVRE-EL DERECHO, S.A.
C/ Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid.
www.efl.es
clientes@lefebvre.es
Precio: 92,56 € (IVA incluido)

ISBN: 978-84-1889-966-9
Depósito legal: M-17986-2022

Impreso en España por Printing '94
Paseo de la Castellana, 93 - 2º. 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

MEMENTO **PRÁCTICO**
FRANCIS LEFEBVRE

Familia

Civil

2022-2023

Fecha de edición: 15 de junio de 2022



Plan general

	Número marginal
Capítulo 1. Matrimonio.....	50
Capítulo 2. Regímenes económicos matrimoniales.....	550
Capítulo 3. Parejas de hecho.....	1850
Capítulo 4. Filiación y patria potestad.....	2400
Capítulo 5. Protección pública del menor.....	2800
Capítulo 6. Apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.....	3050
Capítulo 7. Mediación familiar.....	4150
Capítulo 8. Crisis del matrimonio: nulidad, separación y divorcio.....	5050
Capítulo 9. Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio.....	5350
Capítulo 10. Procedimientos resolutorios de las crisis matrimoniales.....	7000
Capítulo 11. Ejecución de resoluciones.....	8100
Capítulo 12. Alimentos entre parientes.....	8555
Capítulo 13. Violencia doméstica y de género.....	8750
Capítulo 14. Planificación sucesoria.....	9250
Capítulo 15. Aspectos internacionales.....	11000

Tabla alfabética

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCC	Código Civil de Cataluña
CCom	Código de Comercio
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón (DLeg Aragón 1/2011)
CE	Comunidad Europea
Circ	Circular
Const	Constitución española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
D	Decreto
DF	Decreto Foral
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dict	Dictamen
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.trans.	disposición transitoria
DLeg	Decreto legislativo
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
FGE	Fiscalía General del Estado
Instr	Instrucción
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
ITP y AJD	Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
L	Ley
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (L 29/1994)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LO	Ley orgánica
LRC	Ley del Registro Civil (L 20/2011)
LRC/57	Ley del Registro Civil (L 8-6-1957)
OM	Orden ministerial
PPU	Procedimiento prejudicial de urgencia
RD	Real decreto
RDL	Real decreto ley
RDLeg	Real decreto legislativo
Rec	Recurso
Resol	Resolución
RH	Reglamento Hipotecario (D 14-2-1947)
RN	Reglamento Notarial (D 2-6-1944)
RRC	Reglamento del Registro Civil (D 14-11-1958)
TCo	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

CAPÍTULO 1

Matrimonio

Sección 1. Capacidad.....	75
Sección 2. Expediente o acta matrimonial.....	130
Sección 3. Celebración.....	170
Sección 4. Oficinas de Registro Civil. Inscripción y publicidad registral.....	360
Sección 5. Efectos personales del matrimonio.....	435

50

El matrimonio puede definirse como una **unión entre dos personas**, hábiles y capaces, sometido a formas legales de celebración, de la que nacen derechos y deberes para ambos contrayentes en plano de igualdad, de tal forma que, para que sea válido, es necesario que la voluntad en que consiste el consentimiento matrimonial sea dirigida a una unión de esas características (Const art.32; CC art.42 a 65; LRC art.58 a 61; RRC art.238 a 272).

52

El hombre y la mujer tienen **derecho a contraer matrimonio** conforme a las disposiciones del Código Civil (CC art.44), teniendo los mismos requisitos y efectos sean ambos contrayentes del mismo o de diferente sexo (nº 121 s.), dado que desde 2005 se modifica la interpretación de Const art.32.1 y CC art.44.1º, en el sentido de dar a la mención hombre y mujer un reconocimiento individual al derecho a contraer matrimonio que a cada uno corresponde y no como sujetos de una unión necesariamente heterosexual. El reconocimiento del derecho al matrimonio en la Constitución le convierte en mucho más que un negocio privado, es la plasmación constitucional de la manifestación del **derecho de toda persona a configurar libremente su vida**, en tanto que reconoce y garantiza la capacidad de constituir una familia de acuerdo con las previsiones legales y constitucionales. La constitucionalidad del matrimonio contraído entre personas del mismo sexo vino avalada por TCo 198/2012.

Resulta indiscutible, pues, que la regulación legal del matrimonio no solo ha abierto las puertas de esta institución a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa, de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales, sin que la reforma resulte contraria a la Constitución (TS 5-12-13, EDJ 241639).

54

Existen diversas **teorías sobre la naturaleza de la institución matrimonial**, según se entienda como una relación contractual o como un negocio jurídico bilateral complejo típico del Derecho de Familia. Sin entrar a disertar sobre dicho carácter, parece evidente que no se trata simplemente de un **contrato**, que también lo es, por cuanto los contrayentes actúan necesariamente sobre una base convencional, cual es el acuerdo de compartir la vida con el otro cónyuge. Puede definirse como un **negocio de Derecho de Familia** que se perfecciona con la voluntad de los contrayentes y que se expresa con la declaración que emiten los mismos de acuerdo con ciertos requisitos formales y materiales como la capacidad o ausencia de impedimentos.

No obstante, este consentimiento o acuerdo entre los cónyuges para llevar a cabo la unión matrimonial, no es suficiente para determinar por sí mismo la verdadera existencia del matrimonio: el denominado **estatuto matrimonial**, que se inicia con el acto solemne del matrimonio, expresa la existencia de un conjunto normativo propio aplicable al matrimonio, en cuanto a situación social típica que merece la elaboración de un conjunto normativo específico, sin que la voluntad de los cónyuges pueda modificar los requisitos, el contenido y los efectos del matrimonio que se hallan predeterminados legalmente, con la excepción del régimen económico matrimonial a seguir en cada caso, en el que sí existe libertad de pactos, también bajo determinadas premisas, como la igualdad y el orden público.

56

En España, el matrimonio **entre españoles o extranjeros** se puede celebrar en **forma civil** o en forma religiosa, ya sea canónica, hebrea, evangélica, islámica, iglesia de Jesucristo de los Santos de los últimos días, de los Testigos de Jehová, de las comunidades budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España y de la iglesia ortodoxa (CC art.49.2 y 60; OM JUS/577/2016).

Igualmente, dos nacionales **extranjeros** pueden contraer matrimonio en España en forma consular; y los españoles pueden también contraer matrimonio **en el extranjero** con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.

58

Precisiones 1) Aunque la brecha existente entre el **número de matrimonios y de parejas de hecho** se va acortando año a año y la nupcialidad ha caído en España un 55,24% desde 1982 a 2020 (INE), se mantiene el matrimonio como estatus preferente en la convivencia de parejas con relación de afectividad y proyecto vital común, con una duración media de 16,5 años (datos de INE de 2020).

2) El **derecho a contraer matrimonio** (*ius connubii*) se encuentra proclamado tanto en la Const art.32.1, al establecer que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, como en textos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 art.16.1; CEDH).

3) Ante el desconocimiento por numerosos **ordenamientos extranjeros** actuales del matrimonio como institución abierta a las **parejas del mismo sexo** y la inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho se produce una **laguna legal** que conlleva la necesidad de recurrir a mecanismos legales de interpretación integradora con objeto de cubrir la misma. Así, por ejemplo, se ha considerado en un supuesto sobre capacidad para contraer matrimonio que el matrimonio entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo es válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y, en consecuencia, improcedente por superflua, la exigencia de la prueba de conformidad con el Derecho extranjero de la nacionalidad de uno de los contrayentes del matrimonio cuya autorización se solicita [DGRN Resol 7-4-06].

Son **legales** los matrimonios homosexuales en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Suecia (2009), Noruega (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Reino Unido (Inglaterra y Gales) (2013), Luxemburgo (2014), Finlandia (2014), Reino Unido (Escocia) (2014), Eslovenia (2015), Irlanda (2015), Alemania (2017), Malta (2017), Austria (2019), Reino Unido (Irlanda del Norte) (2020) y Suiza (2022). Fuera del entorno europeo, el matrimonio entre personas del mismo sexo está legalizado en Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Argentina (2010), Uruguay (2013), Brasil (2013), Nueva Zelanda (2013), Estados Unidos (2013 a 2015), México (2009 a 2015), Chile (2015), Puerto Rico (2015), Colombia (2016), Australia (2017), Taiwán (2019) y Ecuador (2019), si bien estos dos últimos no incluyen la posibilidad de adopción.

60

4) No cabe la **objección de conciencia** por el juez encargado del Registro Civil en relación con expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo. Los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley y no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado [TS 11-5-09, EDJ 82135]. De igual modo no cabe objeción de conciencia por parte de funcionarios adscritos al Registro Civil [TEDH 15-1-13]. Tampoco es posible la objeción para los notarios al amparo de lo establecido en el Código de Deontología Notarial de 8-5-2014 capítulo I.b, que recoge expresamente que el notario no podrá denegar sus funciones por razones de conciencia o moral individual cuando el acto o contrato cuya formalización se solicite esté permitido o se halle amparado por el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva de las creencias religiosas de cada uno, es lícito rechazar que se denomine matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo, pero cumplir con **deberes profesionales**, que exteriorizan simplemente trámites muy indirectos, a los que se está obligado por ley, para que otros realicen los conducentes a dicho matrimonio no supone una afectación a las propias creencias. Desde la perspectiva de la afectación a terceros, la incidencia es lo suficientemente relevante como para rechazar la posibilidad de una exención del cumplimiento de sus obligaciones; si así se admitiera, peligraría la posibilidad de aplicación de una institución, la del matrimonio entre personas del mismo sexo, plena y legítimamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, para quien voluntariamente lo quiera, aunque otros ideológicamente -o por convicciones religiosas lo rechacen [TS 20-2-12, EDJ 24732].

5) El Tribunal Constitucional ha declarado expresamente lícito el **término «matrimonio»** para describir uniones civiles entre personas del mismo sexo; de acuerdo con una lectura evolutiva de nuestra Constitución, no se puede concluir que el matrimonio heterosexual sea el único constitucionalmente legítimo [TCo 198/2012].

6) Las autoridades de un Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional no pueden denegar la concesión de un **derecho de residencia** al nacional de un tercer Estado sobre la base de que su Derecho interno no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo [TJUE 5-6-18, EDJ 85953].

7) El **Derecho matrimonial canónico** tiene relevancia jurídico-positiva en España en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español 3-1-1979 y en la LEC art.778, que reconoce eficacia civil a las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos. Se regula por el Código de Derecho Canónico de 1983. De igual forma, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el **reconocimiento de notorio arraigo en España**, que en la actualidad son: Iglesia Evangélica [L 24/1992], comunidad judía [L 25/1992], comunidad islámica [L 26/1992], Iglesia de los Santos de los Últimos Días (mormones) (2003), Testigos Cristianos de Jehová (2006), entidades budistas (2007) e Iglesia Ortodoxa (2010). La definición de los requisitos y el procedimiento para la obtención del notorio arraigo se regula en el RD 593/2015.

Promesa de matrimonio [CC art.42 y 43] La promesa de matrimonio, denominada tradicionalmente esponsales, es un **negocio jurídico preparatorio** por el que dos personas con capacidad matrimonial se obligan a celebrar matrimonio en el futuro.

Exige tres **requisitos**:

- una promesa de futuro;
- que sea aceptada por ambas partes; y
- que ambas personas sean hábiles para contraer matrimonio.

No exige **formalidad** alguna, carece de carácter contractual, y tampoco puede calificarse de precontrato, sino de un mero uso social identificado legislativamente, pero sin virtualidad normativa.

No produce **obligación de contraerlo** ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración, ni da lugar a indemnización alguna, por tanto, no se admite demanda en la que se pretenda el cumplimiento de lo prometido. No obstante, el incumplimiento puede conllevar, en su caso, la **obligación de resarcir** a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas (nº 66).

62

[Precisiones] 1) Se descarta cualquier indemnización que no sea por los **gastos** hechos y las **obligaciones contraídas** en relación al matrimonio y, expresamente, se rechaza la indemnización por **daños morales**, pues no existe obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni cabe introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio (TS 16-12-96, EDJ 8577; AP Málaga 31-10-14, EDJ 265901). Incluso en el supuesto de existir **pacto expreso de compensación** entre las partes antes del incumplimiento de la promesa, la actora solo tiene derecho a ser resarcida de gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, pero no por daños morales y otro tipo de indemnización (AP Cantabria 19-4-05, EDJ 203291).

2) No procede una pretensión indemnizatoria, cuando no se ha producido una situación de **enriquecimiento injusto**; ni es posible, con fundamento en el CC art.1902, el resarcimiento del daño moral o psicológico derivado de la ruptura de la pareja (CC art.1902), ni cabe aplicar por analogía la pensión compensatoria entre cónyuges (CC art.97), máxime cuando la convivencia se prolongó durante apenas 4 meses (AP Barcelona 16-9-10, EDJ 236299).

3) Queda **acreditada la promesa de matrimonio** cuando la parte demandada admite que se habló de boda de una manera provisional, fijando el mes de celebración y contactando al efecto con el párroco que la iba a celebrar y con la encargada del restaurante donde planeaban el banquete, así como mediante la testifical de los compañeros de trabajo de ambos, que confirma que todo su entorno sabía que se iban a casar por manifestaciones de ambos novios. Existió promesa de matrimonio y la misma fue formulada en forma seria e inequívoca, hasta el punto de realizarse los preparativos precisos para la celebración del casamiento (AP Valladolid 16-4-08, EDJ 160820).

4) La promesa de matrimonio, con los efectos que de su incumplimiento se derivan, ha de partir de una **base relacional mínima**; que haya existido un tiempo de relación, con cierta publicidad, y en un contexto que permita aflorar la seriedad de la promesa, y sus posibilidades reales. No concurren estas circunstancias cuando se trata de dos desconocidos, que únicamente han hablado por teléfono o por carta, e incluso se ignora el estado civil de ambos (AP Cantabria 7-6-05, EDJ 203366).

5) No resulta posible la aplicación analógica del CC art.43 a las **uniones no matrimoniales**, reflejando estas un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar automáticamente las consecuencias jurídicas del matrimonio; ello no impide apreciar que, en relación a los pagos hechos en la reforma de la vivienda y adquisición de enseres, nos encontremos ante un supuesto de gastos reclamables por vía de enriquecimiento injusto -que igualmente es el fundamento de la obligación del CC art.43- en la medida en que, efectivamente, es la perspectiva de dicha convivencia *more uxorio* la que mueve a la actora a asumir dichos gastos (AP Madrid 9-4-19, EDJ 636905).

64

Obligación de resarcimiento de gastos (CC art.43) La obligación de resarcimiento se limita a los supuestos de incumplimiento de la promesa de matrimonio hecha por persona mayor de edad o menor emancipado y abarca los gastos efectuados y las obligaciones contraídas como consecuencia del matrimonio prometido, que, en cualquiera de los dos casos, han de ser objeto de **prueba y valoración** conforme a las reglas generales, no siendo suficiente la mera alegación que haga el perjudicado.

El fundamento de esta obligación es el **empobrecimiento injusto**, la compensación por el empobrecimiento sufrido por quien ve frustradas las esperanzas surgidas de la promesa quebrantada, a consecuencia de la realización de gastos o la asunción de obligaciones que se presentan inútiles sin la celebración del matrimonio, descartándose cualquier indemnización que no sea por los dos conceptos referidos (AP Zaragoza 1-3-99, EDJ 81097).

Además, el resarcimiento exige que el incumplimiento de la promesa haya sido **sin causa**. Es decir, la promesa no cumplida por una causa determinada, cualquiera que esta sea, no da derecho al resarcimiento.

La **acción** para la reclamación por el incumplimiento de la promesa tiene un plazo de caducidad de un año contado desde el día de la negativa, expresa o tácita, a la celebración del matrimonio (CC art.1968.2). Al tratarse de un **plazo de caducidad**, no de prescripción, no admite

66

interrupción alguna, en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece (AP Guadalajara 10-4-14, EDJ 63608).

68

Precisiones 1) Se entiende que existe **causa** y, por tanto, no procede indemnización, aunque se hubieran generado gastos, cuando el incumplimiento de la promesa está generado por exigencias de la otra parte respecto de extremos ajenos al matrimonio como es la **condición de otorgar testamento a su favor** (AP Sevilla 30-1-01, Rec 2437/00).

2) No cabe aplicar la teoría del enriquecimiento injusto desde el punto de vista del supuesto empobrecimiento por **dejar de percibir un subsidio de desempleo al cambiar de residencia**, ya que no existe el necesario correlativo enriquecimiento del demandado (AP Asturias 15-11-00, EDJ 49489).

3) La anterior legislación hacía referencia a la necesidad de **justa causa**, pero al haberse omitido el término «justa» de la vigente redacción del CC art.43, ha de interpretarse que basta una causa que al contrayente incumplidor de la promesa le parezca suficiente, para que no exista resarcimiento alguno.

4) La indemnización no puede derivarse del **incumplimiento de la libre decisión de no contraer matrimonio**, ni en su supuesto daño moral sufrido por el contrayente «abandonado»; cabría, no obstante, plantearse la cuestión a la luz de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto, pero se requiere que quede acreditada la realidad de los gastos hechos en consideración al matrimonio futuro (AP Barcelona 8-10-04, EDJ 176375).

5) Pueden incluirse como **gastos indemnizables**, entre otros, los derivados del traslado al lugar donde había de celebrarse el matrimonio, los de señal o pago del banquete, pero no los derivados de realización de obras en el domicilio que habían de ocupar los cónyuges, por cuanto las mismas quedan, en su caso, en beneficio de la vivienda (AP Baleares 3-1-12, EDJ 4386). También pueden ser indemnizados los gastos por el viaje de novios que no se llegará a realizar por la ruptura de promesa de matrimonio (AP Málaga 31-10-14, EDJ 265901).

6) No cabe introducir **reproches culpabilísticos** en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, no siendo el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial indemnizable bajo ninguna cobertura legal, ni tampoco los estados depresivos que pudieran derivarse del mismo (TS 16-12-96, EDJ 8577). El resto de los daños, si los hubiese y en su caso, pueden tener, en su caso, cabida en el CC art.1902.

7) Se han considerado **gastos razonables** que podían ser revertidos a la mujer, como el vestido de novia, las joyas, el catering, las invitaciones o los vestidos del niño que llevaría las arras, pero **se rechaza** la devolución de los vestidos de madre, hermana y sobrina al tratarse de una liberalidad y tener otro posible aprovechamiento (AP Granada 15-12-17, Rec 267/17).

8) Los regalos consistentes en joyas, libros, ropa etc., no son gastos hechos por razón del matrimonio futuro, como lo son los del vestido para tal acontecimiento, banquete, luna de miel, etc. sino que son **regalos de costumbre** generalizados en nuestro país entre personas que mantienen una relación afectiva (AP Alicante 14-12-05, EDJ 337981).

9) El haber sido víctima de una **agresión** por parte de quien iba a ser su marido, es causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio, con lo cual no se da el requisito del incumplimiento sin causa (AP Ciudad Real 3-5-05, EDJ 51778).

SECCIÓN 1

Capacidad

75

A. Impedimentos absolutos	90
Edad	92
Vínculo matrimonial anterior	94
B. Impedimentos relativos	105
Parentesco	107
Muerte dolosa del cónyuge o persona unida por análoga relación	109
Dispensa	111
C. Circunstancias no impeditivas	115
Discapacidad	117
Matrimonio entre personas del mismo sexo	121

77

Como **regla general**, quienes deseen contraer matrimonio han de acreditar previamente, en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil (CC art.56; LRC art.58; L 15/2015 disp.final 21ª.3; L 20/2011 disp.final 10ª). La **competencia** para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al letrado de la

Administración de Justicia, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero (CC art.51; LRC art.58; L 15/2015 disp.final 21ª.3).

La vigente redacción del CC art.56.2º, establece el carácter excepcional del **dictamen médico** sobre la aptitud para prestar el consentimiento. Corresponde al letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, recabar el citado dictamen, solo si alguno de los contrayentes, de modo evidente, categórico y sustancial, presenta una condición que pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo (CC art.56; L 15/2015 disp.final 1ª.Nueve y disp.final 21ª.3; LRC disp.final 10ª).

Los matrimonios que exigen la **tramitación previa de este expediente registral** son:

- El matrimonio celebrado en forma civil.
- Los matrimonios celebrados en forma religiosa hebrea o evangélica.
- Los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España (CC art.60).

En este supuesto, el **reconocimiento de efectos civiles** del matrimonio religioso requerirá el cumplimiento de los siguientes **requisitos**:

- La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.
- La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá **certificación** expresiva de la celebración del mismo con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta previa que, necesariamente, incluirán el nombre y apellidos del encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de 5 días al encargado del Registro Civil competente para su **inscripción**. Igualmente, extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

También es necesario tramitar el expediente registral previo para la expedición del **certificado de capacidad matrimonial** previsto en RRC art.252.

La solicitud de autorización del matrimonio obliga al encargado del Registro Civil competente para instruir el expediente, a calificar la concurrencia de los requisitos exigidos en el Código Civil para la validez del matrimonio.

La **finalidad del expediente registral previo** a la autorización del matrimonio es el control por el encargado del Registro Civil instructor del expediente en cuanto a la concurrencia de los requisitos exigidos en el Código Civil para la validez del matrimonio a través de la facultad de calificación de su competencia.

A través de la **función calificadora** se pretende controlar si los contrayentes no están incurso en ningún impedimento para contraer el matrimonio que pretenden: capacidad para contraer matrimonio, edad, parentesco, inexistencia de vínculo de ligamen,...

Capacidad matrimonial La capacidad de los contrayentes se rige por su **ley personal**, determinada por la nacionalidad (CC art.9.1). El encargado del Registro Civil competente para la tramitación del expediente previo y para autorizar, en su caso, la celebración del matrimonio, debe atender a la **nacionalidad** de cada uno de los contrayentes a fin de comprobar su capacidad para contraer válidamente matrimonio civil.

Si ambos contrayentes son **españoles** se estará obviamente a la ley española.

Si ambos contrayentes son **extranjeros** será la ley personal de cada uno de ellos la que determinará los requisitos de validez de dicho matrimonio en relación con la capacidad, lo que generalmente se acreditará mediante **certificado consular** del país de origen.

Precisiones La DGRN -actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública- analizó la cuestión de la **aplicación de la ley personal de los extranjeros** para calificar su capacidad matrimonial en el expediente previo a la expedición del certificado de capacidad matrimonial religiosa [DGRN Instr 10-2-93]:

- La **inscripción** del matrimonio en los registros individuales de los contrayentes (LRC/57 art.59) requiere, con la única excepción que luego se indicará, que por el encargado competente por razón del domicilio de alguno de los contrayentes (RRC art.238) se instruya el expediente previo a la celebración del matrimonio con sujeción a las normas actualmente vigentes (RRC art.240 s.). En este expediente ha de cerciorarse el instructor de que ambos solicitantes pueden contraer matrimonio entre sí por reunir los requisitos de capacidad e inexistencia de impedimentos (CC art.56.1).

79

81

- Si uno o ambos contrayentes son extranjeros, su capacidad matrimonial se rige, en principio, por la respectiva **ley nacional** (CC art.9.1), teniendo en cuenta, en su caso, la ley que rija el divorcio (CC art.9.2 y 107), de acuerdo con las normas del Derecho Internacional privado contenidas también en el Código Civil.

83 Excepción de orden público (CC art.12.3) No puede tampoco olvidarse la posible incidencia de la excepción de orden público, que puede, ya excluir la aplicación de un **impedimento establecido por una ley extranjera** cuando este obstáculo se oponga manifiestamente al orden público español, ya imponer la aplicación de un impedimento establecido por la ley española aun cuando, en oposición manifiesta contra nuestro orden público, no sea conceptualizado como tal impedimento para la ley extranjera en principio aplicable.

La regla general de aplicación de la ley personal del contrayente extranjero a la capacidad matrimonial plantea una excepción fundamental en los supuestos en que conforme a dicha ley personal se admita el matrimonio poligámico. En estos casos, se viene apreciando por la DGSJFP la **excepción de orden público internacional**, excluyendo, por tanto, la aplicación de la ley personal del contrayente extranjero y regulando su capacidad matrimonial conforme a la ley española. Las resoluciones del centro directivo deniegan la celebración o, en su caso inscripción, del matrimonio por apreciación del impedimento de ligamen, ya que, aunque el extranjero casado pueda, según su ley personal, contraer nuevo matrimonio, el orden público impide que lo contraiga con una persona española.

Se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera, en particular, en materia de capacidad matrimonial (DGRN Resol Circ 29-7-05), alegando excepción de orden público, en los siguientes supuestos:

a) Leyes extranjeras que admiten los **matrimonios poligámicos**, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (DGRN Resol 14-12-00; Resol 4-12-02).

b) Leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de **distintas religiones**, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (DGRN Resol 7-6-92; Resol 10-6-99).

c) Leyes extranjeras que impiden el **matrimonio de transexual con persona de su mismo sexo biológico**, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (DGRN Resol 24-1-05).

d) Leyes extranjeras que admiten el **matrimonio entre niños**, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (DGRN Resol 15-6-04).

e) Leyes extranjeras que autorizan el **matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real** prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos (DGRN Resol 7-7-05).

85

[Precisiones] 1) No es suficiente para acreditar la **disolución del vínculo matrimonial** el documento en el que no consta que el divorcio sea irrevocable y este no se justifica por testimonio, traducido y legalizado, de la decisión judicial de divorcio, sino por una simple declaración de unos testigos, por más que haya sido homologada notarialmente.

Aunque un contrayente marroquí, de acuerdo con su peculiar estatuto personal, sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (CC art.12.3), que no puede permitir que una española contraiga **matrimonio con un extranjero casado**, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio (DGRN Resol 11-5-94).

2) No es inscribible el **matrimonio poligámico** celebrado en Marruecos por un marroquí, que luego adquirió la nacionalidad española, por existir impedimento de ligamen. Aunque el matrimonio sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar el estatuto personal de los contrayentes, es claro que en este punto la ley extranjera ha de quedar excluida y ha de aplicarse la norma de conflicto, por virtud de la excepción de orden público internacional (CC art.12.3), que impide la inscripción de un matrimonio contrario a la concepción española de la institución matrimonial (DGRN Resol 3-1-11; Resol 27-6-11).

3) Se deniega la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España entre un ciudadano marroquí y una ciudadana polaca, residentes en España, al existir datos objetivos bastantes para deducir la **ausencia de consentimiento matrimonial**, que es cuestión considerada como materia de orden público (CC art.45). No cabe que las autoridades del foro autoricen un matrimonio cuando se pretenda celebrar contra la voluntad o sin el consentimiento real de los contrayentes, ha de denegarse la autorización en los supuestos de simulación, aunque los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, sin causa o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (CC art.12.3), facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería o a otras de diversa índole (DGRN Resol 31-1-12).