

LA NULIDAD MATRIMONIAL EN CASO DE FALTA DE
CAPACIDAD DEL CÓNYUGE FALLECIDO

*NULLITY OF MARRIAGE ON THE GROUNDS OF THE LACK OF
CAPACITY OF THE DECEASED SPOUSE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 860-885

Cristina LÓPEZ
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La nulidad del matrimonio como consecuencia de la falta de capacidad de algún contrayente ha de ser probada, pues de lo contrario, en virtud del principio *favor matrimonii*, todas las personas tienen derecho a contraerlo, lo cual se ha visto reforzado tras la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. En este artículo se ahonda en dicha cuestión, así como también en el hecho de que, una vez constatada esa falta de capacidad, no se puede trasladar sin más al matrimonio todas las normas referidas a la ineficacia del contrato, debido a la peculiar naturaleza del matrimonio, que cuenta con su propio régimen jurídico.

PALABRAS CLAVE: Nulidad matrimonial, cónyuge fallecido, legitimación activa, falta de capacidad, discapacidad.

ABSTRACT: *The nullity of the marriage as a consequence of the lack of capacity of one of the spouses must be proved, otherwise, as of the principle of favor matrimonii, all persons have the right to marry, which has been reinforced after the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. This paper explores this issue in depth, as well as the fact that, once this lack of capacity has been established, all the rules on the ineffectiveness of the contract cannot simply be transferred to the marriage, due to the special nature of the marriage, which has its own legal regime.*

KEY WORDS: *Nullity of marriage, deceased spouse, legal standing, lack of capacity, disability.*

SUMARIO.- I. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO. II. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO. 1. Desde la redacción del Código civil hasta la Ley del divorcio de 1981. 2. La reforma introducida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015. III. LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. 1. Plazo para su ejercicio. 2. Legitimación activa. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

La autonomía privada constituye un pilar angular en el ámbito de Derecho privado, siendo el negocio jurídico uno de sus cauces de exteriorización. A pesar de su importancia, el negocio jurídico como tal no encuentra regulación alguna en el Código civil, sino que se trata de una construcción del Derecho alemán del siglo XIX que, pese a no estar expresamente recogida como categoría general en nuestro Código civil¹, sí que se regulan en él los concretos supuestos. En ese contexto, pese a que el negocio jurídico ha sido una institución denostada por algunos, al menos desde nuestro punto de vista merece la consideración de ser una categoría general que comprende distintas tipologías pudiendo ser definida como la declaración de voluntad o declaración de voluntades emitida o emitidas por una o más personas con el fin de dar lugar a ciertos efectos jurídicos.

Como sabemos, para su validez, el negocio jurídico necesita que exista consentimiento de las partes, objeto y causa, de tal manera que deviene nulo cuando le falta alguno de esos elementos esenciales o si contradice una ley imperativa. En concreto, la nulidad opera “erga omnes” y puede ser apreciada de oficio, de modo que la sentencia que en su caso se pronunciase acerca de la misma tendría carácter meramente declarativo. Asimismo, con carácter general la nulidad es definitiva e insubsanable, en el sentido de que un negocio jurídico nulo no puede convalidarse –salvo en supuestos muy excepcionales– y no está sujeto a plazo alguno (arts. 1300 a 1314 CC).

En este contexto, el matrimonio puede ser considerado como un negocio jurídico bilateral de carácter familiar², formado por la declaración de voluntad de dos

1 Tal y como señala ALBALADEJO GARCÍA, el concepto de negocio jurídico, la teoría general del mismo y la terminología utilizada (“Rechtsgeschäft”) han pasado, por lo general, de la doctrina alemana a la italiana (“negozio giuridico”) y a la española, sin embargo, no a la francesa, así. *Derecho civil I, Introducción y Parte general*, puesta al día de legislación y jurisprudencia por S. Díaz Alabart, Bosch, Barcelona, 2009, p. 526.

2 Puntualizan L. Díez-PICAZO Y A. GULLÓN que la calificación como negocio jurídico depende del concepto que se tenga de esta figura, pues si entendemos que en él los contrayentes autorregulan sus intereses, como en el matrimonio esto no es así dado que los efectos están predispuestos por la ley, la calificación adecuada sería la de acto jurídico, donde las partes se limitan a constituir el presupuesto al que la ley, no ellas, conecta los efectos jurídicos, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 64-65.

• Cristina López Sánchez

Profesora Titular Derecho civil, Universidad Miguel Hernández de Elche (España). cristina.lopezs@umh.es.

personas manifestada a través de ciertas formalidades, que genera un vínculo y un estado civil y desprende unos efectos personales –que quedan fuera del acuerdo de las partes– y otros patrimoniales –en cuyo caso, a través del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, los cónyuges pueden determinar en uno u otro sentido–. No obstante, en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, lo cierto es que mientras que para algunos constituye un negocio jurídico, otros autores defienden su carácter institucional, en el sentido de ser una institución propia y autónoma a la que el Derecho consagra un conjunto normativo “ad hoc”, si bien ambas consideraciones son compatibles entre sí³.

Centrándonos en el negocio jurídico del matrimonio, según se desprende del art. 32 de la Constitución española “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. En la misma línea, el art. 44 CC establece que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. En este mismo sentido, en el plano internacional, el art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 recogen el “ius connubii”.

Como vemos, el matrimonio genera un vínculo entre los contrayentes, vínculo que, sin embargo, podría quedar invalidado desde el momento de la celebración del matrimonio debido a una causa coetánea al mismo consistente en la ausencia o imperfección de alguna o algunas de las condiciones legalmente requeridas para la formación de dicho vínculo⁴. Efectivamente, la declaración de nulidad surge de la existencia, en el momento de la celebración de la unión matrimonial, de impedimentos dirimientes, vicios del consentimiento o ausencia de las formalidades legales en atención al art. 73 CC, lo cual invalidaría el vínculo

3 Como así señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coordinador): *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2011, p. 39.

Por su parte, L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN se refieren al “contrato matrimonial” del Derecho civil para indicar que se perfecciona con la emisión de los consentimientos y la observancia de las formalidades, y que si preferimos referirnos al matrimonio como un negocio jurídico y dejar la denominación de “contratos” para cuando exista un contenido económico, habría que puntualizar que dentro del amplio margen de los negocios jurídicos de Derecho de familia, “constituye un convenio o convención al no existir intereses contrapuestos que se componen como en el contrato, sino que las voluntades van paralelas”, *Sistema IV*, cit., pp. 64-65.

En este sentido, según LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F y RAMS ALBESA, J.: la circunstancia de ser el matrimonio un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo no disponible por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza y estructura contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, véase, *Elementos de Derecho civil, IV, Familia*, ed. revisada por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, p. 41.

Sin duda, preferimos referirnos al matrimonio como negocio jurídico dado que de él no solo se desprenden efectos patrimoniales sino también personales.

4 Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, tomo V, Derecho de familia, vol. I, Relaciones conyugales*, XII edición revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1994, pp. 1037 y 1057.

matrimonial, privándole de toda eficacia *ab initio*, es decir, como si nunca hubiese existido ese matrimonio⁵.

Sea como fuere, no podemos continuar sin precisar que, como apunta SERRANO GÓMEZ, mientras que la teoría general del negocio jurídico incluye dentro de la invalidez dos categorías diferenciadas y con perfiles propios –a saber, la nulidad absoluta o de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad–, la aplicación de esta clásica contraposición al matrimonio resulta complicada. Y ello, sobre todo, como consecuencia de la peculiar configuración que aquel posee en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, por la existencia de la figura del matrimonio putativo –que si bien implica la existencia de un matrimonio nulo, mantiene la vigencia de algunos efectos–, además de por la necesidad de una sentencia judicial que declare la nulidad, frente a lo que ocurre en el ámbito contractual, donde las partes, de forma consensuada, pueden reconocerla y regularla⁶. La nulidad del matrimonio es por tanto una figura atípica en el marco de la invalidez de los negocios jurídicos⁷.

Pese a ello, en los arts. 48, 75 y 76 CC se recogen algunos supuestos de convalidación del matrimonio nulo, convirtiéndose en un matrimonio válido con todos sus efectos. En concreto, cuando existiera un impedimento dispensable y la dispensa se obtuviera con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 48.3 CC); también se puede convalidar el matrimonio contraído por un menor de edad si después de alcanzar la mayoría de edad “los cónyuges hubieran vivido durante un año” (art. 75.2 CC); y, por último, en atención al art. 76.2 CC, igualmente se convalidaría aquel matrimonio en el que, mediando alguno de los vicios del consentimiento (error, coacción o miedo grave), los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de que se desvaneciera el error o hubiera cesado la fuerza o la causa del miedo. En los tres supuestos la convalidación se produciría *ipso iure* y tendría efectos retroactivos al momento de celebración del matrimonio.

II. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Por aplicación del art. 12.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Este mismo artículo

5 Así, BLANDINO GARRIDO, M.A.: “La nulidad matrimonial”, en AA.VV *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 45.

6 Así, “La invalidez del matrimonio”, en *Tratado de Derecho de Familia, vol. II, Las crisis matrimoniales* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 46.

7 DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario a los arts. 73 y 74 del Código civil”, en *Código civil comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 458.

en su apartado siguiente establece que los Estados procurarán salvaguardias adecuadas y efectivas que garanticen tanto que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, como que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, así como también que se apliquen en el plazo más corto posible, estando sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

A mayor abundamiento, el art. 23.I de la citada Convención establece que: “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

I. Desde la redacción del Código civil hasta la Ley del divorcio de 1981.

A los anteriores textos legales habría que añadir la regulación de la nulidad matrimonial en nuestro Derecho. Según el art. 101 CC, en su redacción originaria: “Son nulos: 1.º Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa (...)” y, según se extrae de la redacción originaria del art. 83.2 CC, no podrán contraer matrimonio “los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón a tiempo de contraer matrimonio”, artículo cuyo contenido fue derogado por la Ley 30/1081, de 7 de julio.

En la actualidad, en los arts. 45 y 73.1 CC, se hace referencia a la necesidad de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad del matrimonio, no haciéndose mención entre las personas que no pueden contraer matrimonio (arts. 46 y 47 CC)⁸ a las personas con discapacidad. Es por ello que debemos consultar el contenido del párrafo segundo del art. 56 CC, que ha pasado por diferentes redacciones. Así, en su redacción originaria se refería a otro tema al señalar que “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. Siendo, el art. 83.2º anteriormente señalado, el que

8 Sin embargo, en la redacción originaria del Código civil era el art. 45 el que hacía referencia a ello, al señalar que “Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la Ley.

2.º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3.º Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública”.

hacía referencia a que no podían contraer matrimonio quienes no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

Y es que si bien la celebración del matrimonio en intervalo lúcido fue materia debatida por extenso desde tiempos atrás en nuestro ordenamiento jurídico, tras la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las casusa de nulidad, separación y divorcio (conocida comúnmente como Ley de divorcio de 1981), la cuestión abandona su antiguo carácter dubitativo para quedar del todo claro el reconocimiento que recibe⁹. Ya en el Derecho castellano la Ley 6, Título II, de la Partida IV establecía una pauta clara al señalar que “el que fuese loco de manera que nunca perdiese la locura, no puede consentir para hacer casamiento, magüer dijese aquellas palabras por que se face matrimonio (...). Pero si alguno fuese loco á las veces o después tornase a su acuerdo, si en aquella sazón que fuese en su memoria consintiese en el casamiento, valdría”.

Es precisamente tras la reforma operada con ocasión de la Ley 30/1981 cuando el art. 56 señaló que “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”¹⁰.

En este supuesto no resulta relevante la incapacitación o no del contrayente, figura entonces vigente en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 199 a 214 del Código civil, actualmente derogados). Tampoco era necesario que la deficiencia o anomalía psíquica obedeciera a una tipificación médica, sino que lo trascendente era que se tuviera aptitud para prestar consentimiento matrimonial con suficiente discernimiento y conocimiento de causa¹¹, es decir, para poder contraer matrimonio era suficiente con tener capacidad natural de querer y entender el acto que se realizaba.

Prueba de ello es la previsión contenida en el art. 171, párrafo 2º, número 4 del CC (suprimido por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación

9 DURÁN RIVACOBRA, R.: “El matrimonio en intervalo lúcido”, en AA.VV. *Estudios de Derecho civil homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Barcelona, 1993, p. 1252.

10 En palabras de J. CASTÁN TOBEÑAS “Una hipótesis singular de falta de capacidad matrimonial, aparece vergonzosamente en el art. 56, párrafo 2. Se trata de la capacidad mental cuya falta por deficiencias o anomalías psíquicas anula sin duda el matrimonio, sin posibilidad de dispensa ni de convalidación”, *Derecho civil V*, cit., p. 1059.

11 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos IV*, cit., p. 52.

civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica), según el cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extinguía “por haber contraído matrimonio el incapacitado”, de donde se colige que la incapacitación judicial del contrayente no era incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

De ahí que las personas incapacitadas pudieran contraer matrimonio si en el momento de la ceremonia nupcial tenían aptitud natural para prestar el consentimiento (se hallaban en un intervalo lúcido) y ello sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador, lo cual no se contradecía ni con el principio de libre desarrollo de la personalidad, ni con el de la libertad nupcial, pudiendo, además, el otro contrayente solicitar la nulidad del matrimonio por error (art. 73.4 CC) si hubiera ignorado la enfermedad de aquel con quien contrajo matrimonio¹².

No en vano, el Código civil venía estableciendo una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 332 CC, derogado por la Ley 8/2021 de 2 de junio)¹³ que, sin embargo, por la sentencia judicial que contuviera la declaración de incapacitación quebraría (arts. 199 CC –derogado– y arts. 756 a 762 LEC, actualmente modificados por la Ley 8/2021, de 2 de junio)¹⁴. A pesar de que con la incapacitación desaparecía esa presunción general de capacidad de los mayores de edad, siempre que pudieran prestar consentimiento matrimonial podían celebrar un matrimonio válido.

Efectivamente, ni la incapacitación ni la discapacidad intelectual necesariamente excluyen la aptitud para celebrar el matrimonio por lo que no se puede restringir injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como ya hemos visto¹⁵. Así, entre otras, según la RDGRN 24 marzo 1994¹⁶ o la RDGRN 2 junio 1999¹⁷ el párrafo 2º del art. 56 CC debía ser exigido tanto en los casos de una incapacidad natural o de hecho para prestar el consentimiento como en los casos en los que la incapacitación hubiera sido declarada judicialmente.

Incidimos en que ante una sentencia de incapacitación se presumía que el incapacitado carecía de la capacidad natural de entender y de querer el

12 Así, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, coord. por J. R DE VERDA Y BEAMONTE, Valencia, 2020, pp. 59-60.

13 Redacción última del art. 322 CC: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas es casos especiales por este Código”.

14 STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 2208), AP Barcelona (sección 18ª), 21 febrero 2017 (JUR 2018, 27280).

15 STS 24 enero 2024 (JUR 2024, 32898).

16 RDGRN 24 marzo 1994 (RJ 1994, 3191)

17 RDGRN 2 junio 1999 (RJ 1999, 10119).

matrimonio, por lo que la prueba en contrario debía de ser “convincente” y de ahí que la más elemental prudencia impusiera al Encargado que debía autorizarlo que solicitara un dictamen médico. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que suprime el procedimiento de incapacitación, habría que decidir si cuando exista una resolución judicial que acuerde medidas de apoyo a personas con discapacidad, nombrándoles un curador, el funcionario que autorice el matrimonio ha de pedir dictamen médico. En opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, habrá que tener en cuenta la causa por la que se constituyó la curatela, de modo que si la misma tiene su origen en una discapacidad psíquica que, con carácter general, da lugar a que quienes la padezcan carezcan habitualmente de capacidad natural de querer y entender, lo prudente es entender que el autorizante pida el dictamen antes de autorizar el matrimonio sin que, obviamente, no pueda negar la autorización del matrimonio por la mera existencia de una medida de apoyo¹⁸.

En este caso resulta más conveniente y adecuado solicitar el informe médico si, en atención al art. 249.3º CC la persona estuviera sujeta a una curatela representativa, no meramente asistencial, que tendrá lugar “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

Paso previo a exigir el referido dictamen sería que el Encargado del Registro civil constataste en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. Y se exige dictamen previo en vez de negar de entrada la capacidad, como solución acogida por nuestro Derecho en línea con los antecedentes históricos, donde se impedía considerar que las deficiencias o anomalías psíquicas constituirían por sí mismas un impedimento para que la persona afectada pudiera contraer matrimonio¹⁹.

Esa circunstancia (la deficiencia o anomalía psíquica) debía ser apreciada por el Encargado del Registro Civil que instruíra el matrimonio²⁰, es decir, por quien tramitaba el expediente matrimonial en el que se había de acreditar que los contrayentes reunían los requisitos exigidos por el Código, con el objeto de decidir si quienes pretenden contraer matrimonio tenían capacidad suficiente para prestar el consentimiento.

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho civil IV*, cit., p. 67.

19 Así, STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 2208); AP Barcelona (sección 18), 21 febrero 2017 (JUR 2018, 27280).

20 VENTURA VENTURA, J. M.: “Comentario al art. 56 del Código civil”, en *Código civil comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 397.

Así, según el art. 245.2 RRC “Si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno”.

En conexión con lo anterior debemos tener en cuenta que el hecho de que quien tramite el expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio, si se demuestra que el contrayente carecía de aptitudes para prestar el consentimiento.

Avanzada para su tiempo resulta ser la RDGRN 1 diciembre 1987 que, en relación con la posibilidad de que los dos cónyuges con síndrome de down contrajeran matrimonio, revocó el auto emitido por el Juez Encargado del Registro Civil en el que se denegaba el matrimonio, apartándose con ello del dictamen médico favorable a la celebración del mismo. La Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) señaló que la posibilidad de que “ciertas deficiencias o anomalías psíquicas, no graves, no impidan el matrimonio se desprende claramente del propio artículo 56 del Código Civil, que es la norma específica aplicable al caso; se halla en consonancia con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 C.C.) y con la esencia del mismo “ius nubendi”, derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32) que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad”²¹.

Es por ello que, en aras de poder declarar la nulidad del matrimonio, se debe probar que en el momento de su celebración, el contrayente no podía emitir válidamente el consentimiento matrimonial debido a sus anomalías o deficiencias psíquicas²².

2. La reforma introducida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015.

Volviendo al contenido del art. 56 CC, con la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria su tenor literal pasó a ser el siguiente: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán 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 este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

21 RDGRN 1 diciembre 1987 (RJ 1987, 9716).

22 Entre otras, SAP Málaga (sección 6ª), 5 abril 2006 (JUR 2006, 263314) y SAP Burgos (sección 3ª), 28 enero 2002 (AC 2002, 787).

Sin embargo, esa redacción no llegó a estar en vigor al referirse a incapacidades sensoriales –lo cual daba entrada a incapacidades como las visuales o auditivas–, por ser contraria a los principios contenidos en la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 diciembre 2006.

Efectivamente, y dado que la interpretación de este precepto generó algunas dudas, se publicó la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código civil relativo a la forma de celebración del matrimonio²³, donde se aclaraba que la exigencia por parte del Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramitara el acta o expediente, de dictamen médico acerca de la aptitud para prestar el consentimiento de aquellos contrayentes que estuvieren afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se debía entender limitada exclusivamente a los casos en los que la deficiencia afectase de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.

Convendría puntualizar que un órgano como la Dirección General de Registros y del Notariado fue más allá de lo que es función propia de una disposición reglamentaria, innovando así el ordenamiento. Y ello porque la Resolución-Circular contenía mandatos de interpretación sin una base legal. Es decir, el párrafo segundo del art. 56 del CC, en su redacción por la Ley 15/2015, no generaba dudas con respecto al término discapacidad puesto que, pese a que en ese punto la Ley era un despropósito, resultaba inteligible. De ahí que, el cauce escogido, “aunque bienintencionado, transgredía el ordenamiento, al invadir el dominio propio de las disposiciones generales”²⁴.

Precisamente para resolver esta cuestión se tramitó con carácter de urgencia, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley 4/2017, de 28 de junio, que redactó el art. 56 párrafo 2º haciéndose eco de los postulados de la mencionada Resolución-Circular, con la finalidad de aclarar que la intención de la reforma introducida por la Ley era favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad²⁵.

23 Disponible en <https://www.sfsm.es/wp-content/uploads/2019/05/23-DICIEMBRE.pdf> (consulta de 5/03/2024).

24 RUIZ ALCARAZ, S.: “El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2215, enero, 2019, p. 50.

25 Así como también incluyó una modificación de la disposición final cuarta para adaptar la reforma del art. 58.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil: “5. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario o Encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio.

En la actualidad, según dispone el párrafo segundo de dicho artículo (tras la redacción dada por el artículo único, apartado 2, de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio):

“El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento de los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Interesa traer a colación una enmienda que se presentó en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, con la que se pretendía que el artículo 56 CC quedara redactado del siguiente modo: “(...) Las personas con discapacidad que precisen apoyos para la toma de decisiones no podrán ser excluidas por motivo de su discapacidad del derecho a contraer matrimonio, siendo obligación de las autoridades y funcionarios que intervienen en estos procedimientos proveer de los apoyos necesarios para la formación y emisión de su consentimiento”. Para ello, aducían como justificación que “El artículo 56 del Código Civil, tanto en la redacción vigente, como en la que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, supone una discriminación evidente por razón de discapacidad. El problema no es que se condicione la validez del acto jurídico al estado mental psíquico de la persona en el momento de prestar el consentimiento matrimonial, sino que el texto legal no es neutro, pues dicho consentimiento se vincula además a la afectación a determinadas tipologías de deficiencia: mentales, intelectuales o sensoriales, en la redacción aprobada; deficiencias o anomalías psíquicas, en la todavía vigente. Una deficiencia mental, intelectual, psíquica o sensorial no afecta a la aptitud de una persona para comprender el significado del matrimonio y prestar su consentimiento al mismo. El lenguaje nunca es inocente. La utilización de expresiones que vinculan o asimilan deficiencia o discapacidad (términos que usa la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ratificada por el Estado español, y que no son equivalentes,

El letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento de los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento (...).”

pero sí complementarios) con la posibilidad de limitar la capacidad jurídica resulta discriminatoria. El artículo 12 de la Convención es claro y preciso y, la interpretación que hace Naciones Unidas, ratifica lo que se argumenta. El hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica y las normas que lo establezcan deben ser derogadas²⁶.

Pues bien, retomando la redacción definitiva, con la redacción final del párrafo 2º del art. 56 CC observamos que se eliminan restricciones en torno a las personas con discapacidad, al propio tiempo que se les proporcionan apoyos y se establece un régimen legal que favorezca la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de aquellas. El dictamen médico solo se pedirá en casos excepcionales sin que parezca que su exigencia vaya en contra del art. 5 de la Convención de Nueva York, pues aquí no se plantea si el matrimonio les conviene o no –lo que supondría una inadmisibles intromisión en una decisión personal íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad–, sino que se trata de determinar si tienen capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial²⁷.

Se observa que, igualmente que antes, el párrafo 2º del art. 56 CC no impide que las personas con discapacidad puedan celebrar un matrimonio válido, de donde se deduce que no se exige que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieran u conste su libre decisión de asumirlo²⁸.

26 BOCG, Congreso de los Diputados, Proposiciones de Ley de 29 de marzo de 2017, núm. 76-4 (enmienda núm. 8).

27 Así, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho civil IV*, cit., p. 65.

28 Por ejemplo, se desestimó la demanda presentada por los hermanos de una persona fallecida por considerar el TS que a pesar de que el contrayente padecía un leve retraso mental y presentaba cierto grado de inmadurez y dependencia, no podía entenderse acreditado que el déficit apreciado fuera de tal entidad como para invalidar la prestación de un consentimiento matrimonial, máxime teniendo en cuenta que había otorgado diversas escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos) sin que el notario autorizante hubiese hecho ninguna reserva, a lo que además habría que añadir que el día anterior a su muerte sus hermanos (aquí demandantes lo habían nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil, STS 29 abril 2015(RJ 2015, 2208).

Consúltense también STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1478), así como la SAP Valencia (sección 10ª), 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157) “Por el carácter excepcional de tal institución jurídica, al negarse la validez a posteriori a un contrato matrimonial aparente, los tribunales han de actuar con especial prudencia respecto de los elementos fácticos y resultado probatorio ofrecido a su ponderación, de tal como que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de circunstancias susceptibles de ser encuadradas en algunas de las previsiones del artículo 73, puede llegarse a proclamar la solución sanadora que se propugna, ya que la misma entra en colisión con el principio del favor matrimonii. (...) No puede olvidarse, de otro lado, que el CC no exige en orden a la validez del matrimonio, que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando, al efecto, que los mismos tenga la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren, y conste su libre decisión de asumirlo Así lo evidencia, en primer término, el párrafo segundo del artículo 56, que permite el matrimonio de quien estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, lo que no constituye impedimento para la validez del consentimiento conyugal, siempre que, previo dictamen médico, se determine su aptitud para prestarlo”.

Así, según la SAP Alicante (sección 9ª) 24 abril 2018, con el objeto de esclarecer la concurrencia o no de la causa primera de nulidad del art. 73 CC que considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial “Ha de determinarse si el demandado, hoy fallecido, pudo prestar válidamente su consentimiento para el matrimonio que contrajo con la codemandada. El principio general de que la capacidad de las personas se presume siempre, de forma que toda persona se reputa con capacidad como atributo normal de su ser, conlleva que su incapacidad, en cuanto excepción, deba ser probada”²⁹.

Por lo tanto, no es suficiente con que por ejemplo se hubiera diagnosticado una enfermedad mental. De este modo, continúa señalando la AP de Alicante que “corresponde a la parte que invoca la nulidad acreditar la falta de consentimiento, la afectación de las facultades del intelecto y/o de la voluntad y su directa correlación causal”. Según indica el tribunal, el solo hecho de que el contrayente estuviera diagnosticado de deterioro cognitivo probablemente vascular, o cualquier otra enfermedad mental, como Alzheimer “no acredita la incapacidad de quien la padece, pues lo determinante es acreditar su incidencia en las facultades cognoscitivas, en la capacidad de entender a realidad y la trascendencia del matrimonio que estaba contrayendo”. En este caso la Audiencia estima el recurso interpuesto por los demandantes (contrayentes) revocando la sentencia de instancia y declarando la validez del matrimonio que habían celebrado³⁰.

Por el contrario, la Dirección General de Registros y del Notariado, en su Resolución de 23 octubre 2004, ha denegado la autorización del matrimonio del contrayente que presentaba una demencia senil avanzada con un deterioro cognitivo importante que afectaba a todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje etc.) y como consecuencia de ello tenía totalmente impedida la capacidad de gobernar sus propios asuntos³¹.

Por otro lado, al menos resulta cuestionable el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo 15 marzo 2018 que ha considerado válido el matrimonio contraído por una persona que al tiempo de celebrarse se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar que finalizó con una sentencia (dictada una vez

29 SAP Alicante (sección 9ª) 24 abril 2018 (JUR 2018, 171016).

En el mismo sentido señala la SAP Madrid (sección 22ª), 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 75493) “en cualquiera de las posibilidades que recoge el citado precepto, y por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez a posteriori a un contrato matrimonial aparente, ha de actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que solo cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las referidas previsiones legales, puede proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra en colisión con el principio del favor matrimonii, bastante más atenuado, como se apuntó, en las figuras de la separación o el divorcio”.

30 SAP Alicante (sección 9ª) 24 abril 2018 (JUR 2018, 171016).

31 RDGRN 23 octubre 2004 (RAJ 2005, 1079).

que había contraído matrimonio) que le incapacitaría para gobernar su persona y bienes, a consecuencia de padecer un Alzheimer, agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio) le ocasionaba “alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficientes para inspirar una libre decisión”. En el informe se señala que dicha persona no podría mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, así como que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj. Sin embargo, el STS, a pesar de la contundencia del informe, entiende que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio favor matrimonii”³².

Por su parte, en la STS 29 abril 2015 se solicita la nulidad del matrimonio – en este caso por los tres hermanos del esposo– y el TS declara no haber lugar la recurso por no constar acreditado las deficiencias o anomalías psíquicas del contrayente. La presunción general de capacidad “admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio (...)”, y si se exige un dictamen médico en lugar de negar sin más la capacidad es “porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y, su protección constitucional”³³.

En este caso la recurrente no consigue acreditar el vicio del consentimiento de su padre cuando contrajo matrimonio ya que a la vista de los hechos no quedó suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación del consentimiento matrimonial. Según entiende el Tribunal, la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, le inclinan hacia el principio “favor matrimonii” y, precisamente

32 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)”, *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 27, enero 2019, p. 405.

33 STS 29 abril 2015 (RJ, 2015, 2208).

en aras de este principio, concluye que el contrayente tenía capacidad para el matrimonio.

Ahondando en ello, las sentencias suelen poner de manifiesto que las anomalías psíquicas *per se* no se configuran como una incapacidad para contraer el matrimonio, es decir, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio, tal y como veíamos en la STS 15 marzo 2018, donde al Alto Tribunal desestimó el recurso presentado reconociendo con ello la capacidad del contrayente para contraer matrimonio³⁴, si bien con un voto particular, formulado por parte del magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas.

En este voto particular el magistrado entendía que el Alzheimer es una enfermedad persistente e irreversible en el tiempo, que produce alteraciones mentales que repercuten sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar, esto es, presenta alteraciones en la inteligencia y voluntad necesaria para actuar con conocimiento y juicio suficiente para que se pueda considerar que una decisión es libre. De ahí que, teniendo en cuenta que la complejidad de obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo las posibilidades intelectivas y volitivas del contrayente, ha de considerársele no capaz del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a tutela (cuando aún estaba vigente en nuestro ordenamiento jurídico). Según el magistrado, el problema no residía en que padecía una enfermedad ni en la discapacidad "in genere", sino en que sufría una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. Así "La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros". En conclusión, separándose del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, el magistrado entiende que el recurso de casación debió ser desestimado.

De modo que, en aras de poder declarar la nulidad del matrimonio es necesario que se pruebe que en el momento de la celebración, el contrayente no podrá presar válidamente el consentimiento matrimonial por estar afectado de alguna discapacidad grave. Dado que determinadas enfermedades mentales no afectan por igual a las personas durante su desarrollo ya que puede haber intervalos lúcidos, en estos casos, para poder declarar la nulidad del matrimonio, debe quedar probado que cuando se celebró el matrimonio la enfermedad estaba en una fase tan grave como para excluir la capacidad de discernimiento del contrayente.

34 STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, I478).

Tampoco se consigue declarar nulo el matrimonio en la SAP Barcelona (sección 18ª) 21 febrero 2017, donde la recurrente, hija del codemandado (esposo), ejercitó la acción prevista en el art. 73 del Código Civil, señalando que su padre no tenía suficiente capacidad cuando contrajo matrimonio (en realidad la actora se refiere a un vicio del consentimiento, pero no nos parece adecuado, como ya hemos indicado *supra*). En primera instancia se desestima la demanda y la Audiencia también desestimó el recurso interpuesto. En este caso nos encontramos ante un matrimonio contraído por una persona con Alzheimer con un declive cognitivo de leve a moderado. Cuando los codemandados (cónyuges) iniciaron el expediente en el Registro civil de Barcelona para contraer matrimonio, la hija del esposo instó la incapacitación de su padre. Mientras tanto los codemandados contraen matrimonio y una vez contraído se dictó sentencia en la que se modificó de forma plena la capacidad del contrayente por su deterioro cognitivo moderado y se le nombró un tutor. Es después de ello cuando la hija del codemandado ejercitó la acción prevista en el art. 73 CC al considerar que era nulo dicho matrimonio porque el contrayente estaba aquejado de Alzheimer cuando contrajo matrimonio de modo que su consentimiento estaba viciado³⁵.

Sin embargo, en la STS 14 julio 2004³⁶, donde es el propio esposo quien solicita la nulidad matrimonial, el Tribunal sí que estima que existe una causa de nulidad matrimonial porque aquel, al contraer matrimonio, “tenía sensiblemente reducida su capacidad cognoscitiva y volitiva”, con pensamientos negativos e ideas autodestructivas que le podría llevar a adoptar decisiones contrarias a sus intereses “como un acto subconsciente de agresividad autodirigida”. La patología en cuestión era suficiente como para impedirle que pudiera gobernarse por sí mismo y es en plena crisis de tal enfermedad, teniendo sensiblemente reducida su capacidad de conocer y de querer, cuando prestó su consentimiento matrimonial, por lo que, según entiende el Tribunal Supremo, lo hizo teniendo gravemente afectada su inteligencia y voluntad y, por tanto, no podía conocer y querer el acto que estaba realizando.

En la misma línea, recientemente el Tribunal Supremo ha anulado un matrimonio, a instancia del hijo, al no existir un consentimiento válido. Se trata de la STS 24 enero 2024³⁷, que desarrollaremos más adelante.

III. LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Como ya hemos visto con anterioridad, la nulidad del negocio jurídico es automática, por lo que, al menos de entrada no parece imprescindible ejercitar

35 SAP Barcelona (sección 18ª) 21 febrero 2017 (JUR 2018, 27280).

36 STS 14 julio 2004 (RJ 2004, 4297).

37 STS 24 enero 2024 (JUR 2024, 32898).

la acción de nulidad. Tal nulidad opera *ipso iure*, porque el negocio lleva en sí mismo la ineficacia. Sin embargo, hay veces donde sí que es necesario instar la nulidad porque las partes o sus sucesores o causahabientes pretenden ejercitar un derecho sobre la base del negocio nulo o porque interesa obtener una declaración judicial de su ineficacia total al impedir su existencia poder ejercitar algún derecho.

En relación con ello hay que añadir, como ya ha quedado dicho, que en materia matrimonial no se aplican con total exactitud las normas relativas a la nulidad en los negocios jurídicos ni todas las categorías que allí se establecen, sino que la especial naturaleza de la institución del matrimonio requiere un régimen propio. Siendo así, en la nulidad negocial o contractual es suficiente con que las partes la acuerden y reflejen su voluntad en un documento privado sin necesidad de acudir a un proceso, mientras que en la nulidad matrimonial se necesita, insistimos, una resolución judicial³⁸.

De lo anterior se deriva que el matrimonio puede adolecer de alguna o algunas causas que afecten a su validez, pero mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio funcionaría como válido y produciría los efectos que le son propios. Solo a partir de la sentencia se declara la ineficacia del mismo, pero no solo para el futuro, sino también para el pasado, pues sus efectos se retrotraen al momento de contraerlo³⁹. Efectivamente, “quod nullum est, nullum habet effectum”, que ha de entenderse como que el negocio no produce ningún efecto.

I. Plazo para su ejercicio.

La nulidad matrimonial es una nulidad absoluta cuya acción no está sometida a ningún plazo de ejercicio, por lo que puede ser ejercitada en todo momento, incluso una vez fallecido uno o ambos cónyuges. Ciertamente, y a pesar de que no se diga nada expresamente en el Código civil, hay que entender que dada su naturaleza la acción no está sujeta a plazo. No prescribe, es decir, no se extingue por el paso del tiempo ya que no se trata de ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudiera extinguirse por aquel paso, sino que consiste en poner de relieve que el negocio es desde antes inválido y que los efectos verdaderamente no existen⁴⁰.

Recientemente el Tribunal Supremo insiste en ello en su sentencia de 24 enero 2024 donde establece que la nulidad matrimonial no caduca. El Tribunal

38 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: “La nulidad del matrimonio después de la Constitución”, *RGLJ*, 1979, II, p. 6; DIEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho IV*, cit., p. 119.

39 Por todos, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “La nulidad matrimonial”, en AA.VV. *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (coord. por E. LLAMAS POMBO), *La Ley*, Madrid, 2009, pp. 70-71.

40 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I*, cit., p. 781.

se pronuncia es ese sentido indicando que la Audiencia, sobre la base errónea de que la falta de consentimiento apreciada por el Juzgado es un supuesto de error, consideró aplicable el plazo de caducidad por error vicio del consentimiento a la acción de nulidad matrimonial.

En este sentido, en dicha sentencia si bien el Tribunal Supremo se pronuncia acertadamente acerca de que la nulidad matrimonial no caduca, no entra en la cuestión relativa a si la falta de capacidad ha de considerarse como un vicio del consentimiento o como la falta de un elemento esencial para su validez (el consentimiento). En este caso, la Audiencia defendía que, al tratarse de un vicio del consentimiento por error, debía aplicarse el plazo de los cuatro años, lo que resulta rebatido por el TS al señalar que no puede aplicársele al matrimonio las normas generales sobre ineficacia, por lo que no es aplicable aquí la anulabilidad, lo que conduce a que por tanto no haga falta descender a si en realidad nos hallamos ante una falta de capacidad o ante la ausencia total de consentimiento.

Es más, la Audiencia Provincial se centraba en el error como vicio, cuando en realidad, más que un vicio, lo que en todo caso habría era una incapacidad (en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio), o un consentimiento prestado por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas (en la redacción actual). Tradicionalmente se ha discutido en la doctrina si la incapacidad de entender y de querer en personas mayores de edad que no estaban incapacitadas daba lugar a la nulidad o la anulabilidad, siendo doctrina mayoritaria la favorable a la nulidad⁴¹, llegándose a distinguir según que se tratara de una incapacidad natural, producida por la falta de capacidad de entender y querer, en cuyo caso se aplicaba la nulidad, o una incapacidad legal, aplicándose en estos casos la anulabilidad⁴².

Efectivamente, no se puede trasladar sin más al matrimonio los artículos que regulan los contratos, tal y como ya hemos puesto de manifiesto, por lo que compartimos la interpretación del Tribunal Supremo en torno a la equivocación que supone la aplicación del art. 1301 CC a este supuesto ya que “en atención a la peculiar naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos”.

En cualquier caso, y aunque no le falte razón al recurrente, llama la atención su falta de rigor a la hora de plantear el recurso donde mezcla la caducidad con la prescripción al solicitar que “se declare que, como consecuencia de la ausencia

41 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. II, Personas*, ed. revisada por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.p. 542.

42 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I*, cit., pp. 778-779.

de consentimiento, la acción era imprescriptible, no cabía apreciar la caducidad prevista para la anulabilidad y el matrimonio celebrado (...) es nulo”.

Es cierto que ante el silencio del anterior art. 1301 CC en relación con la acción para solicitar la nulidad de un contrato por consentimiento prestado faltando capacidad para ello (así como también los apoyos necesarios en su caso para su celebración, generalmente la asistencia del curador), la doctrina se ha venido debatiendo en considerar que el plazo de 4 años previsto en el art. 1301 CC era un plazo de prescripción o de caducidad⁴³, cuestión que ha quedado resuelta con la reforma del art. 1301 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio. Así, mientras en su redacción anterior el art. 1301 CC señalaba que “La acción de nulidad sólo durará cuatro años...”, en su redacción actual establece que “La acción de nulidad caducará a los cuatro años (...)”.

Asimismo, dado que la nulidad matrimonial es un tema que guarda relación con el estado civil de las personas, su propia naturaleza aconsejaría que se tratase de un plazo de caducidad.

Lo que en la STS 24 enero 2024 resulta indiscutible es la existencia de legitimación activa por parte del hijo del esposo fallecido, ya se mire desde la perspectiva negocial o matrimonial. En concreto, al formular en este caso la pretensión bajo el error de que se aplicaban las reglas de la anulabilidad de los contratos, solo la parte que presta su consentimiento sin suficiente capacidad, o sin las medidas de apoyo necesarias, podrá anularlo por ella misma con el apoyo que necesite, o bien sus herederos, así como también, en algunos supuestos, la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo (art. 1302.3 CC, redacción introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio).

En concreto, según se extrae de los hechos recogidos por la STS de 24 enero 2024, en el año 2013 los hijos del esposo fallecido interpusieron una demanda de modificación judicial de la capacidad frente a su padre alegando un deterioro

43 Por citar solo algunos ejemplos, defienden que se trata de un plazo de caducidad DIEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, p. 1992, p. 117; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho civil I (Derecho de la persona)*, Tirant lo Blanch, coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, Valencia, 2024, p. 246; LASARTE, C.: *Principios de Derecho civil, tomo I, Parte General y Derecho de la persona*, Trivium, Madrid, 2000, pp. 541-542. Mientras que entienden que es preferible la prescripción de la acción, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho I*, cit., p. 548. Por su parte, señala ALBALADEJO GARCÍA, que el plazo en principio es de caducidad, pero solo al estudiar los concretos negocios se puede ahondar en si en algún caso debiera ser de prescripción, *Derecho civil I*, cit., 779.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tampoco aclaraba la cuestión, pues en algunos casos califican el plazo como de caducidad, por ejemplo, en la STS 27 febrero 1987 (RJ 1987, 1836) y en otros como de prescripción, por todas véase la STS 1 febrero 2002 (RJ 2002, 1586).

A nuestro juicio acertadamente señala J. R. GARCÍA VICENTE que probablemente haya argumentos para sostener cualquiera de las dos posiciones: en defecto de una norma legal expresa y de un criterio seguro de distinción la elección podría fundarse en ambos argumentos y son, por ello, plausibles cualquiera de las opciones, “Comentario al art. 1301 CC”, en *Comentarios al Código civil*, tomo VII (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9253.

cognitivo, con diagnóstico de Alzheimer; que afectaba en sus decisiones y limitaba su vida. Un mes más tarde el esposo y la futura mujer otorgaron capitulaciones matrimoniales y contrajeron matrimonio en febrero del año 2014. En diciembre de ese mismo año fue declarada la modificación de la capacidad de obrar del esposo, tanto en el ámbito personal como patrimonial y en enero de 2015 los hijos del esposo interpusieron demanda de nulidad matrimonial frente a su padre y la esposa del mismo, alegando que en el momento de contraer matrimonio su padre carecía de capacidad para prestar consentimiento matrimonial, por lo que el matrimonio era nulo y en abril de 2021 se declara la caducidad de la instancia. De nuevo, en junio de 2021 uno de los hijos del esposo, que había fallecido en 2017, interpuso demanda de nulidad matrimonial frente a la viuda de su padre y el Juzgado de primera instancia estimó la demanda declarando la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento. Tras ello, la viuda interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda de nulidad matrimonial señalando que la acción estaba caducada. Es por ello que el hijo del esposo fallecido interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo ha señalado recientemente que debido a la especial naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos. Según dicha sentencia “La regla general, por tanto, fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 CC para los casos que contemplan, es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (art. 74 y ss.) pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo”.

2. Legitimación activa.

La acción de nulidad corresponde a todo interesado en que la nulidad conste, aunque no haya sido parte ni intervenido en el negocio. En efecto, el art. 74 CC contiene una regla general en el art. 74 (si bien los arts. 75 y 76 CC contienen excepciones), en la que se establece que la acción para solicitar la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

Esa amplia legitimación que al menos aparentemente recoge el art. 74 CC (a tenor de las disposiciones especiales a que se remite el propio art. 74 queda restringida)⁴⁴ ha llevado a que sea comúnmente calificada como de carácter público o semipúblico⁴⁵. Sin embargo, no es una acción pública salvo en ciertos supuestos de nulidad del matrimonio en que puede interponerla el Ministerio

44 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho IV*, cit., p. 76.

45 SERRANO GÓMEZ, E.: “La invalidez”, cit., p. 104.

Fiscal⁴⁶, por lo que en todo caso la acción de nulidad tendría una naturaleza semi o cuasi-pública⁴⁷.

Con arreglo a ello, estarían legitimados para instar la nulidad del matrimonio, en primer lugar, los cónyuges, quienes pueden ejercitar la acción conjuntamente o de forma individual cualquiera (si bien cuando un cónyuge sea menor de edad o cuando no sea el causante del vicio del consentimiento que genera la nulidad no tendrá legitimación activa, a tenor de los arts. 75 y 76 CC). Además, si uno de los cónyuges hubiera fallecido, podrán ejercer la acción sus herederos por no tratarse de una acción personalísima⁴⁸ y porque lo que se pretende jurídicamente no es la suspensión de efectos del vínculo o su ruptura, como acontece en la separación o el divorcio, respectivamente, sino poner de manifiesto la irregularidad legal en su celebración⁴⁹.

En segundo lugar, también está legitimado el Ministerio Fiscal, tanto por tratarse de una acción de estado civil, como por ser un funcionario público que actúa en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés general, si bien no le correspondería tal legitimación cuando la nulidad se produjera como consecuencia de un vicio del consentimiento. Efectivamente, el Ministerio Fiscal está legitimado porque le corresponde la defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al estado civil (art. 3.6 EOMF). Asimismo, ha de intervenir en los procesos de nulidad matrimonial aunque no haya interpuesto la acción.

En tercer lugar, por último, el art. 74 CC también comprende a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes. En este caso nos encontramos ante la dificultad que plantea siempre la utilización del tópico "interés", si bien la evolución de Derecho de familia hacia la privatización no aconseja un proceso con tan amplias intervenciones⁵⁰.

En todo caso habría de tratarse de un interés digno de tutela y que se vea afectado por la nulidad que se pretende (parientes con derechos sucesorios, el primer cónyuge o los hijos de ese matrimonio, etc...), quedando comprendidos asuntos tanto morales como económicos, pero siempre de cierta relevancia para que sea socialmente aceptable la impugnación del matrimonio⁵¹. Además, el transcurso del tiempo pueda llegar a constituir una limitación para el ejercicio de dicha acción, dado que el interés puede variar a través del paso de los años.

46 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I*, cit., p. 781.

47 MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "La nulidad matrimonial", cit. p. 80.

48 PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos generales de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 101.

49 DIEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho IV*, cit., p. 120.

50 DIEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho IV*, p. 121.

51 Así, SAP Barcelona (sección 12ª), 29 octubre 1999 (AC 1999, 2421).

En definitiva, el concepto de legitimación activa en esta materia está referido a un uso ponderado del derecho que ha de ser probado por quien lo invoca, sin que parezca necesario añadir ningún elemento en torno a la exigencia de que el interés sea directo, lo cual fue agregado por el legislador de 1981 respecto a la regulación anterior⁵².

Así, por ejemplo, se reconoce legitimación activa al hijo de uno de los contrayentes en la STS 24 enero 2024⁵³, mientras que no se reconoce a la hija tras el fallecimiento del progenitor en la SAP Barcelona (sección 12ª) 29 octubre 1999⁵⁴.

Por último, en cuanto a la legitimación pasiva, poco hay que añadir, correspondiendo a un cónyuge (si la demanda la interpone el otro contrayente) o a ambos cónyuges (si la acción la interpone alguien distinto a los cónyuges), o incluso al cónyuge sobreviviente.

IV. CONCLUSIÓN.

La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en la práctica del ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto importantes cambios relacionados con las personas con discapacidad en aras de adaptar la normativa europea a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En materia de nulidad matrimonial, en el caso de que después de contraído el matrimonio y fallecido uno de los contrayentes se observase una falta de capacidad de uno o ambos contrayentes, no podrá sin más declararse nulo ya que esta materia está presidida por el principio del “favor matrimonii”. Ello supone que por tanto habrá que probar de forma contundente la existencia de dicha falta de capacidad natural de querer y entender cuando se prestó el consentimiento.

De modo que solo si finalmente no se llegara a probar la capacidad del cónyuge se podría instar la invalidez del matrimonio bajo forma de nulidad, cuyas características difieren de la invalidez del negocio jurídico en general (y del contrato en particular, arts. 1301 y siguientes del Código civil), donde sí se diferencia entre nulidad y anulabilidad y, en este segundo caso, se establece un plazo de ejercicio para la correspondiente acción.

52 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 74 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo I (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 817.

53 STS de 24 enero 2024 (JUR 2024, 32898).

54 SAP Barcelona (sección 12ª) 29 octubre 1999 (AC 1999, 2421).

Sin embargo, el matrimonio es considerado un negocio jurídico cuyas especialidades en torno a la ineficacia del mismo lo dotan de un régimen particular, en el que solo cabe la nulidad y en donde acción de nulidad no estará sometida a plazo alguno. Al no ser aplicable al matrimonio la anulabilidad, la cuestión de saber si nos encontramos ante una ausencia de consentimiento o un vicio del consentimiento carece de trascendencia práctica.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil I, Introducción y Parte general*, puesta al día de legislación y jurisprudencia por S. Díaz Alabart, Bosch, Barcelona, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2011.

BLANDINO GARRIDO, M.A.: "La nulidad matrimonial", en AA.VV. *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 43 a 94.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, tomo V, Derecho de familia, vol. I, Relaciones conyugales*, XII edición revisada por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1994.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario a los arts. 73 y 74 del Código civil", en AA.VV. *Código civil comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 455 a 459.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 396 a 409.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho civil IV (Derecho de familia)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

- *Derecho civil I (Derecho de la persona)*, (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 73 del Código civil", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*, tomo I (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 799 a 814.

- "Comentario al art. 74 del Código civil", en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*, tomo I (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 815 a 819.

DÍEZ PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1994.

DURÁN RIVACOBA, R.: "El matrimonio en intervalo lúcido", en AA.VV. *Estudios de Derecho civil homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2, Barcelona, 1993, pp. 1251 a 1272.

GARCÍA VICENTE, J. R.: "Comentario al art. 1301 CC", en AA.VV. *Comentarios al Código civil*, tomo VII (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9251 a 9257.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, IV, Familia*, ed. revisada por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

- *Elementos de Derecho civil, I, Parte General, vol. II, Personas*, ed. revisada por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "La nulidad del matrimonio después de la Constitución", *RGLJ*, 1979, II, pp.3 a 24.

SERRANO GÓMEZ, E.: "La invalidez del matrimonio", en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia, vol. II, Las crisis matrimoniales* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 45 a 131.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "La nulidad matrimonial", en AA.VV. *Nuevos conflictos del Derecho de Familia* (coord. por E. LLAMAS POMBO), *La Ley*, Madrid, 2009, pp. 69 a 99.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos generales de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

RUIZ ALCARAZ, S.: "El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2215, enero, 2019, pp. 3 a 88.

VENTURA VENTURA, J. M.: "Comentario al art. 56 del Código civil", en *Código civil comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 394 a 400.