

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 3
BURGOS**

SENTENCIA: 00272/2021

Modelo: N10250
PASEO DE LA AUDIENCIA N° 10

Teléfono: 947259950 Fax: 947259952
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 09059 42 1 2019 0007157
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000142 /2021
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de BURGOS
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000658 /2019

Recurrente:

Procurador: LUISA FERNANDA ESCUDERO ALONSO

Abogado: GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ

Recurrido: DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADOS DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADOS

Procurador:

Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, y **DON JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 272

En Burgos a, doce de mayo de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000658 /2019, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000142 /2021**, contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2020 y auto aclaratorio de fecha 1 de febrero de 2021, en los que aparece como **parte apelante**, representado por la Procuradora de los tribunales, D^a. LUISA FERNANDA ESCUDERO ALONSO, asistido por el Abogado D. GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ, y como **parte apelada**, **DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADOS DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y NOTARIADOS**, asistido por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO y **MINISTERIO FISCAL** sobre impugnación de resolución de la Dirección General de los

Registros del Notariado, siendo el **Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ILDEFONSO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA** que expresa el parecer de la sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: “Se acuerda desestimar íntegramente la demanda presentada por la Procuradora D.ª María Luisa Fernanda Escudero, en nombre y representación de _____ contra la resolución del Director General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de septiembre de 2.018, con expresa imposición de costas a la parte demandante”. Con fecha 1 de febrero de 2021 se dictó Auto Aclaratorio de la anterior resolución cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente: “Se acuerda estimar la aclaración solicitada por la Procuradora D.ª María Luisa Fernanda Escudero en nombre y representación de _____ y en consecuencia, el FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO, párrafo 1º quedará redactado de la siguiente manera: *“...Se alega por la representación de _____, que, habiendo contraído matrimonio con la _____ el día 6 de septiembre de 2.016, en la localidad de Santo Domingo Oeste, en República Dominicana...”*”

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de _____ se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 11 de mayo de 2021, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula demanda de juicio ordinario contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de

2018 que desestima el recurso interpuesto por el demandante don [redacted] contra el acuerdo del Encargado del Registro Civil Central de 14 diciembre de 2017 denegatorio de la inscripción del matrimonio civil celebrado entre el demandante y doña [redacted] en la República Dominicana el 6 de septiembre de 2016 por considerar que se trató de un matrimonio simulado o de los llamados de conveniencia.

La sentencia apelada desestima la demanda porque llega a la misma conclusión a la que en su día llegó el encargado del RCC, después de practicar la audiencia reservada a la que se refieren los artículos 245 y 246 del Reglamento del Registro Civil, de que el consentimiento de los contrayentes estaba viciado de nulidad porque su causa o finalidad no era la de contraer matrimonio, sino la de utilizar el matrimonio para que pudiera residir en España u obtener la nacionalidad española.

SEGUNDO.- Con carácter previo el Abogado del Estado denuncia la indebida admisión del recurso de apelación por haberse interpuesto fuera de plazo, sin que la petición de aclaración de la sentencia, que era para corregir un mero error material, pueda suspender el plazo de interposición.

El recurso está interpuesto en plazo, porque con fecha 4 de enero de 2021 se pidió la rectificación de un error material, y el recurso se interpuso el 26 de enero de 2021. El artículo 267.8 LOPJ, añadido por la LO 19/2003, de 23 diciembre, establece que *"los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociese o negase la omisión de pronunciamiento y acordase o denegara remediarla"*. Como dice la STS de 18 de mayo de 2007 *"esta es una regla coherente con el propio sistema procesal porque, a) la aclaración de la sentencia forma parte de la misma y por ello hasta que ésta no se produzca cuando haya sido solicitada, no debe entenderse completa; b) para interponerse cualquier recurso debe conocerse la solución contra la que va a caber el mismo y solicitada la aclaración, incluso en el caso en que no sea ésta la vía adecuada, debe esperarse a su resultado para poder recurrir; c) si no se suspendieran los plazos, se obligaría al afectado a interponer preventivamente un recurso, con los evidentes problemas que ello conlleva, y, finalmente, d) aplicar una solución como la que adoptó la Sala sentenciadora de la Audiencia de Tenerife produce una clara indefensión en el afectado, por impedirle el acceso a los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 CE . Además, no se encuentra en este caso ninguna razón para considerar que la demandante ha utilizado la vía de la petición de aclaración de sentencia para alargar el proceso indebidamente y en beneficio propio, doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 352/1993, de 29*

de noviembre, aunque referida a los plazos para la interposición del recurso de amparo (asimismo SSTC 170/1995, de 20 noviembre)".

TERCERO.- El artículo 59.2 de la Ley del Registro Civil obliga a la inscripción del matrimonio celebrado por un español en el extranjero, *"mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley"*. Y el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil dice que *"se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes (...) 3.º Certificación expedida por autoridad o funcionario del País de celebración"*.

En este caso,

contrajeron matrimonio en la localidad de Santo Domingo Oeste de la República Dominicana. Ahora bien, el artículo 68 del RRC exige que *"los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del sitio en que acaecen, cualquiera que sea el domicilio de los afectados, la incardinación de la parroquia o el lugar de enterramiento. Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Central, y después, por traslado, en el Consular correspondiente"*.

Pues bien, fue en este trámite de la inscripción en el Registro Civil Central cuando se practicó la audiencia a la que se refieren los artículos 244 y 246 RRC, en la que se apreció que se había tratado de un matrimonio simulado, y por lo tanto se denegó la inscripción. Dice el artículo 246 RRC, aplicable a la inscripción del matrimonio celebrado en España, que *"el instructor, asistido del secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. La audiencia del contrayente no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio aquél"*. La Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 dice que *"análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la «lex loci». El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 Código Civil) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256-3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas» se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Aquellas «declaraciones complementarias» son precisamente las realizadas por los contrayentes con ocasión de la audiencia personal, reservada y por separado que igualmente*

se ha de practicar en estos casos de matrimonios celebrados en el extranjero”.

Según resulta de la lectura del acuerdo del Encargado del RRC y de la resolución de la DGRN las únicas contradicciones que se apreciaron en las declaraciones de don Isidro y de doña realizadas antes los respectivos Registros Civiles español y dominicano fueron la manifestación de de que don había estado casado cuando no lo había estado, y la de don de que doña tenía una prima en España, cuando según esta no tenía en España familiar alguno. También hacen referencia las citadas resoluciones a que don Isidro y doña no coinciden en gustos y aficiones, pero sin decir cuales sean estos.

Sin embargo, es lo cierto que doña tiene una prima en España, que es doña la cual es vecina de don y fue precisamente la que les presentó por estar también ella misma casada en España con un español. Doña ha declarado como testigo, manifestando su condición de prima de doña, conociendo a toda su familia, y dando bastantes detalles de esta relación. Por lo tanto, uno de los dos motivos en los que se basó la resolución impugnada para denegar la inscripción del matrimonio no es cierto, pues con independencia de que doña Deyanira se equivocó al decir que no tenía parientes en España, lo cierto es que quien venía obligado a conocer esta circunstancia, según la DGRN y el Encargado del RCC, que era don no se equivocó y respondió verazmente.

CUARTO.- Ciertamente el matrimonio, tal y como está regulado en nuestro derecho civil es un negocio jurídico que está presidido por el consentimiento de quienes lo celebran, pues como dice el artículo 45 del Código Civil “*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”. Y este consentimiento no es cualquier forma de voluntad, sino como dice el artículo 45, debe tratarse de un consentimiento matrimonial, que es por lo tanto una forma de voluntad específica. Por el mismo motivo el artículo 73 del Código Civil establece que “*es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*”.

La celebración del matrimonio con el exclusivo propósito de conseguir la nacionalidad del otro cónyuge o la residencia en el país de este no es el consentimiento exigido por el artículo 45 CC, y por lo tanto, si esta fuera la exclusiva finalidad de uno cualquiera de los contrayentes, el matrimonio será nulo por carecer del debido consentimiento. Se daría además una situación de fraude de ley, prohibido por el artículo 6.4 CC, y no impediría además la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, que es la imposibilidad de que el cónyuge extranjero pueda residir en España sin la debida autorización.

Este riesgo de la utilización fraudulenta o espúrea del matrimonio es el que pone de manifiesto la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 cuando dice que *“el verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes:*

1.º Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española. En efecto, el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 Código Civil): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (art. 22.2 Código Civil), siempre que sea una residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3 Código Civil).

2.º Lograr un permiso de residencia en España. En efecto: el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y que sea cónyuge de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, siempre que los cónyuges no están «separados de derecho», como indica el art. 2 a) del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Ahora bien, dicho esto, la intención de que la celebración del matrimonio permita la obtención de la nacionalidad española o la residencia en España no es algo ilegítimo, y se trata de una finalidad que puede estar presente en aquellos que contraen matrimonio con un extranjero. En la teoría de la causa de los contratos, siempre se ha distinguido la causa de los motivos, identificando la primera con aquella que es la causa propia y esencial del contrato de que se trate, y los motivos como aquellos que, sin identificarse con la causa, también impulsan a su celebración, y que son compatibles con la validez del negocio, siempre que no sean ilegales. En este caso el propósito de doña de obtener la nacionalidad española o de vivir de forma permanente en España no es un motivo ilegal ni espúreo, sino algo perfectamente legítimo. Es más, en esta motivación puede también encontrarse la razón de que los contrayentes prefieran formalizar su relación mediante la celebración del matrimonio, en lugar de mantener una relación no matrimonial. Pero lo anterior no significa la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial.

El consentimiento matrimonial existe desde el momento en que las partes contrayentes asumen y no descartan aquello que es propio, tanto de la relación matrimonial como de la no matrimonial, como es la convivencia en común con la asunción de los derechos y deberes de los artículos 67 y 68 del Código Civil. Lo que sucede es que si es el Estado el que subordina la posibilidad del ejercicio de estos derechos en su territorio, cuando de

extranjeros se trata, a la existencia de un matrimonio inscrito en España, en tal caso es legítimo que los citados convivientes contraigan matrimonio, no tanto en ejercicio de su derecho a contraerlo, como en ejercicio de su derecho a formar una familia.

Los artículos correspondientes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, hablan conjuntamente del derecho a contraer matrimonio y del derecho a formar una familia, como dos realidades que pueden ir juntas o separadas, pero que conllevan las mismas exigencias para los Estados. Así, el artículo 16 de la DUDH proclama que *“los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*, y el artículo 23.2 del Pacto Internacional de derechos reconoce *“el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”*. Por este motivo, si la decisión del Estado español de denegar la inscripción de un matrimonio impide el ejercicio del derecho a formar una familia, es el Estado el que está impidiendo que el válido consentimiento de las partes despliegue todos sus efectos para dar lugar a una realidad, como es el matrimonio, que los hubiera tenido en cualquier otro caso, por ejemplo en el de dos españoles que viven juntos y que deciden en un momento contraer matrimonio para beneficiarse de una determinada deducción fiscal.

QUINTO.- De conformidad con lo anterior, lo que determina la simulación del matrimonio en el caso de los matrimonios de conveniencia es cuando la finalidad de obtener la nacionalidad española o de residir en España es el único propósito de los contrayentes. Sin embargo, no es esto lo que sucede en el presente caso, pues todas las pruebas conducen a lo contrario.

Se trata de dos personas con prácticamente la misma edad, nacidos en 1963 y 1964, que se conocen por Internet por mediación de una persona conocida por ambos que les pone en contacto. Tras varios meses de comunicación telefónica y por mensajería telemática, don [redacted] viaja a la República Dominicana acompañado por doña [redacted], y allí conoce y convive don doña [redacted] durante toda su estancia en aquel país. Posteriormente deciden casarse, para lo cual don [redacted] vuelve a la República Dominicana el 30 de agosto de 2016, contrayendo matrimonio el 6 de septiembre y volviendo a España el 20 de octubre de 2016.

Durante todo este tiempo, mientras el demandante reside en España, son constantes las comunicaciones telefónicas y por vía telemática, que son las propias de quienes tienen una relación de pareja. Se hacen compras de

créditos para llamar por telefonía móvil de 100 minutos al mes en 2016 y 2017. Se hacen envíos de dinero a la República Dominicana por importe de más de 6.000 euros desde abril de 2016, así como de paquetes con ropa y regalos.

El 29 de agosto de 2018 el demandante viaja de nuevo a la República Dominicana donde se queda hasta el 5 de octubre de 2018. Vuelve a viajar el 10 de mayo de 2019 hasta el 7 de junio de 2019. El hermano del demandante don [redacted] viene a España en enero de 2020 con su esposa, y aquí están con don [redacted] lo que demuestra la existencia de una relación de amistad con la familia de doña [redacted]

La Instrucción de 31 de enero de 2006 establece que *“para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1.ª Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio. En este segundo caso, a fin de evitar los supuestos de preconstitución de la prueba, las relaciones deberán presentar un tracto ininterrumpido durante un cierto lapso de tiempo”*. En este caso las relaciones se han mantenido constantes durante los cuatro años siguientes a la celebración del matrimonio, y cuando resolvió la DGRN el 10 de septiembre de 2018 hacía dos años que, tras el matrimonio, don [redacted] y doña [redacted] mantenían esta relación regular.

La segunda regla que contempla la Instrucción para acreditar esta relación es que *“las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet”*.

De forma complementaria a lo anterior, sigue diciendo la Instrucción que no son relevantes los siguientes hechos para denegar la inscripción (...): 2º *“el hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas (...) 4º “el hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes. Es diferente el caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio sin haberse conocido de forma personal previamente, es decir, cuando se conocen el mismo día o pocos días antes de la fecha en la que contraen matrimonio”*.

SEXTO.- Por todo lo anterior procede la estimación de la demanda, sin que a este Tribunal le quepan dudas sobre cual debía haber sido la resolución del asunto, por lo que procede la imposición a la parte demandada de las costas

de la primera instancia, sin imposición de las costas del recurso (artículos 394.1 y 398.2 LEC).

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

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Luisa Fernanda Escudero Alonso contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Burgos en los autos de juicio ordinario 658/2019, y con revocación de la misma se dicta otra por la que:

1º) Se estima la demanda interpuesta por don [redacted] frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2º) Se revoca el acuerdo del Encargado del Registro Civil Central de 14 diciembre de 2017 denegatorio de la inscripción del matrimonio civil celebrado entre el demandante y doña [redacted] en la Republica Dominicana el 6 de septiembre de 2016, y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 2018.

3º) Se declara la validez del matrimonio contraído por el día 6 de septiembre de 2016 en la localidad de Santo Domingo Oeste de la República Dominicana debiendo procederse a la inscripción de este en Registro Civil Central.

4ª) Se imponen a la parte demandada las costas de la primera instancia y no se hace imposición de las costas del recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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