

---

## ESPAÑA

### Fernando Américo

Profesor Titular de Escuela Universitaria de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## DERECHO MATRIMONIAL

### 1. LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO<sup>101</sup>

En el preámbulo de la ley se establecen los motivos que llevan al legislador a plantear la presente reforma, así se considera que: “La relación de convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. (...). La garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. (...). La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. (...).

(...). El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de

---

<sup>101</sup> BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, pág. 23632-23634.

igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta. (...).

(...), la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja.

En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición.. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; (...).

Como consecuencia de lo expuesto se modifica el Código Civil en los siguientes términos: Se añade un segundo párrafo al artículo 44 con la siguiente redacción: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Se introduce el término cónyuges en lugar de la referencia a marido y mujer: artículo 66, artículo 67, apartado 4 del artículo 175, párrafo segundo del artículo 637, artículo 1.323, artículo 1.344, artículo 1.348, artículo 1.351, artículo 1.361, párrafo segundo del artículo 1.365, artículo 1.404 y artículo 1.458.

Como se señala en el preámbulo “Subsiste, no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.”

Se sustituyen los términos padre y madre por progenitor o progenitores: primer párrafo del artículo 154, primer párrafo del

artículo 160, párrafo 2º del artículo 164, apartado 2 del artículo 178.

La Disposición adicional primera de la Ley, establece, a subes, que: “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.”

La Disposición adicional segunda, modifica tres artículos de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, se introduce el término progenitores en los artículos 46 y 53, y se le da la siguiente redacción al artículo 48: “La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento.”

## **2. RESOLUCIÓN-CIRCULAR DE 29 DE JUNIO DE 2005, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE MATRIMONIOS CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO<sup>102</sup>**

“(…) La cuestión que se plantea en esta consulta es la de si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tienen competencia para ello no sólo las autoridades españolas previstas en el artículo 57 del Código civil en caso de celebración de matrimonio en España, sino también los Encargados de los Registros Civiles Consulares de España en el extranjero.

(…) la Ley 13/2005 no ha introducido ninguna modificación en las normas del Derecho Internacional Privado español, lo que suscita el interrogante de cuál sería la ley a los matrimonios mixtos de español/a y extranjero/a en materia de capacidad matrimonial, en particular por lo que se refiere al posible impedimento de identidad de sexo, o dicho en otros términos, si la permisión de la ley española respecto de os matrimonios integrados por personas del mismo sexo se extiende también en

<sup>102</sup> BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005, pág. 27817-27822.

presencia de elementos personales de extranjería, estos es, cuando uno o ambos contrayentes sean de nacionalidad extranjera. (...)”

Respecto a *La ley aplicable en materia de capacidad matrimonial*, se afirma que “La capacidad matrimonial se ha de regir conforme al Derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, estos es la determinada por su nacionalidad (cfr. Art. 9 n.º 1 C.c.), siendo así que el contenido de tal Ley puede mantener como requisito esencial del matrimonio la condición heterosexual de sus miembros como ha sucedido en España hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

(...) Dentro de la categoría de “capacidad matrimonial” se engloban, además de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial, la ausencia de impedimentos matrimoniales.

(...) Es en la categoría de los impedimentos relativos o bilaterales, por su carácter relativo y no absoluto, en la que parte de la doctrina científica viene incluyendo el impedimento de identidad de sexo.

La consecuencia que se derivaría de esta calificación desde el punto de vista del Derecho conflictual a efectos de determinar la ley aplicable es que, frente a la aplicación distributiva de las leyes personales de ambos contrayentes propia de los impedimentos unilaterales, en este caso la solución al conflicto de leyes que se produce al concurrir en el supuesto de los matrimonios mixtos las leyes nacionales de los contrayentes de diferente nacionalidad es la de su aplicación cumulativa. (...) En definitiva, sucede en sede de matrimonio lo mismo que en relación con cualquier otro negocio jurídico: el defecto de capacidad de uno sólo de los contrayentes vicia de nulidad todo el negocio, y ello sin perjuicio de los efectos que se hayan reconocido al matrimonio putativo. (...), la reciente admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo operada por la Ley 13/2005 supone la posible existencia de una laguna axiológica en la materia, (...)”

“(…), no cabe duda de la validez, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, del matrimonio entre personas

del mismo sexo, en los siguientes supuestos internacionales: a) matrimonio entre dos contrayentes españoles, aun contraído en el extranjero, y ello tanto si el país de celebración admite el matrimonio entre personas del mismo sexo o no. b) matrimonio celebrado en España entre contrayente español y contrayente extranjero cuando su nacionalidad sea la de un país cuya legislación permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. c) matrimonio en España entre contrayente español y contrayente extranjero nacional de un país cuyas leyes materiales no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de Derecho Internacional Privado fijen puntos de conexión en materia de requisitos para la celebración del matrimonio distintos a la “*lex patriae*” del contrayente y que supongan que la Ley aplicable resulte ser la española. (...). d) matrimonio celebrado en el extranjero entre español y extranjero cuando la ley aplicable a la capacidad matrimonial de este último sea, conforme a sus normas de conflicto, bien por acudir al criterio del domicilio de los contrayentes bien por regirse por la del lugar de celebración, la de un país cuya legislación sustantiva autorice el matrimonio entre personas del mismo sexo. e) respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo en que uno o los dos contrayentes sean españoles plurinacionales, (...), en los supuestos de doble nacionalidad de “*facto*” ha de prevalecer en todo caso la nacionalidad española (cfr. art. 9 n.º 9 del Código civil). La misma solución debe entenderse extensiva respecto de los apartidas o de las personas con nacionalidad indeterminada, cuando tuvieren su residencia habitual en España, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 12 n.º 1 del Convenio de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954 sobre Estatuto de los Apartidas, y 9 n.º 10 del Código civil, respectivamente. f) finalmente, a la lista anterior, cabe adelantar ahora, se ha de añadir el supuesto de los matrimonios celebrados entre extranjeros del mismo sexo residentes en España, incluso en el caso de que ninguna de sus respectivas leyes nacionales permitan tales matrimonios, y ello en base a criterios distintos de los vinculados al estatuto personal de los contrayentes, según se desprende de las consideraciones que después se harán.

(...) las dudas quedan reducidas a los supuestos de españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que no admita tales clases de matrimonios.

Las dudas indicadas están centradas en tres extremos: a) la consecuencia de la nulidad de tales matrimonios derivada de la aplicación de las leyes extranjeras materialmente prohibitivas en la materia sería compatible con el orden público internacional español o no; b) tal consecuencia de nulidad constituiría, en su caso, un trato discriminatorio entre españoles y extranjeros atentatorio al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución (...); c) realmente la identidad de sexo, desde el punto de vista de la calificación a los efectos de determinar la norma de conflicto aplicable es un impedimento que afecta a la capacidad para contraer matrimonio, o por el contrario debe ser considerado como un requisito objetivo de la institución matrimonial en aquellos países que mantienen la heterosexualidad como condición necesaria, y no subjetivo de la persona de los contrayentes.

En cuanto a la primera de las dudas enunciadas, ha de recordarse que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. (...). Hay que destacar que la cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular, en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de capacidad matrimonial. (...). Ahora bien, el hecho de que el legislador español, en base a tal remisión, haya regulado mediante la Ley 13/2005 el “*ius connubii*” de forma tal que acoge en el mismo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción del orden público para impedir la aplicación de leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (“*disparitas cultus*”) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual

extranjero por persona de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe conducir a acoger la misma solución de la exclusión en la aplicación de la ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía. (...)

En cuanto a la posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 C. E. (...) se recuerda que el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra jurisprudencia constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso corresponden a los extranjeros (cfr. art. 23 C. E.), y finalmente otros que “perteneceerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio, a esta tercera categoría debe asimilarse el matrimonio. (...) En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del artículo 9 n.º 1 del Código civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal” con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita.

Finalmente queda examinar la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, lo cual en este caso es determinante por cuanto nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de “lex matrimonii”, ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la “capacidad matrimonial”, por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente

extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo.

A este respecto no debe olvidarse que tal “calificación” se ha de realizar con arreglo a la ley española (cfr. art. 12 n.º 1 C.c.). (...) De otro lado, una parte significativa de la doctrina científica al tratar de los requisitos subjetivos del matrimonio abordan separada y diferencialmente los impedimentos, la incapacidad o falta de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial y, finalmente, el requisito de la diversidad de sexo, que vienen a considerar como elemento constitutivo o esencial del propio derecho “a contraer matrimonio” (...)

En este sentido el desconocimiento por parte de numerosos Ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro Derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. (...).

Y la solución a tal laguna no puede ser otra que la de acudir a la aplicación de la ley material española, según resulta de la concurrencia de los siguientes argumentos a favor: a) la analogía con la figura de las “parejas de hecho homosexuales” reconocidas y reguladas por un amplio número de leyes autonómicas españolas (...); b) la proximidad “forum-ius”; c) el principio general de nuestro Derecho civil del “favor matrimonii”; d) la consideración del “ius nubendii” como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (...); e) la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la “realidad social del tiempo en que han de aplicarse” (...); f) finalmente, esta fue también la solución que alumbró la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo durante los años de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932 para permitir el divorcio de españoles casados con extranjeros de países que no reconocían en la época esa



institución (vid. Sentencias de 27 de enero de 1933, 10 de julio de 1934 y 4 de diciembre de 1935).

Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España o en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia (...).

Respecto de la competencia de la autoridad española para celebrar el matrimonio, según lo dispuesto en el artículo 57 del Código civil, la competencia para autorizar el matrimonio civil en España incumbe al Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes (...).

Dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España siempre que, al menos, uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español (Resolución DGRN 29-8-82).

Por lo tanto esta regla de competencia de autoridades, que no ha sido alterada por la Ley 13/2005, constituye un primer filtro para evitar la celebración en España de matrimonios entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español. (...). Sin embargo no es suficiente para dar respuesta a todos los supuestos en que –admitida que la competencia de la autoridad española no es exorbitante y no fomenta el fenómeno del “turismo matrimonial”– aparece un elemento de extranjería.

(...) En definitiva, la intervención de las autoridades españolas, tanto en España como en el extranjero, a efectos de instruir o de autorizar un matrimonio. Excepción hecha de los supuestos de delegación, requiere como elemento determinante del reconocimiento de competencia a favor de dichas autoridades que el domicilio de alguno de los contrayentes esté fijado en España o en la respectiva Demarcación consular. (...).

Respecto a la especialidad del matrimonio consular. Como es conocido la celebración válida del matrimonio queda sujeta a

requisitos especiales. Requisitos especiales que suponen que: A) En los países cuyas leyes no reconocen facultades a los Cónsules extranjeros acreditados en los mismos para autorizar matrimonios en ningún caso, o bien condicionadamente a que uno de los contrayentes sea de la nacionalidad de dicho país, los Cónsules españoles deben abstenerse de autorizar tales matrimonios aunque el otro contrayente sea español. B) (...) los Jueces Encargados de los Registros Civiles municipales “deben abstenerse de delegar la autorización del matrimonio en los Encargados de los Registros Consulares cuando las normas del Estado en que está acreditado no permiten a los Cónsules españoles autorizar matrimonios civiles en ningún caso. (...)

Finalmente, y como consecuencia de la misma limitación impuesta por el artículo 5 f) del Convenio de Viena de 24 de Abril de 1963 sobre Relaciones Consulares que impide, como se ha dicho, que las funciones consulares se ejerzan en oposición a las leyes y reglamentos del Estado receptor, lo que sujeta a las Representaciones Consulares españolas en el extranjero a un deber de respeto y no vulneración del Ordenamiento jurídico del país de acogida, los Cónsules españoles deben abstenerse, por falta de competencia, de autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo en caso de que a ello se opongan las leyes del Estado receptor.

No obstante, los inconvenientes derivados de las limitaciones competenciales de los Cónsules españoles en el extranjero pueden obviarse mediante el mecanismo de la delegación que permite el artículo 57 n.º 2 del Código civil. (...)

Finalmente, la Circular examina la cuestión de la situación jurídica en que se encuentran los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados por ciudadanos españoles con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en países extranjeros que a la fecha de su celebración permitían dichos matrimonios.

(...) El dato esencial del que se ha de partir en la interpretación de la cuestión es la de que la diversidad/identidad de sexos está ligada a la propia concepción del matrimonio, forma parte constitutiva de su propia naturaleza institucional, por

lo que se ha de abordar el problema desde la perspectiva de la capacidad matrimonial, lo que podría suponer la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios. (...) En definitiva, si es patente que España reconoce el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio obtenido por resolución judicial extranjera anterior a la admisión en España del divorcio, igualmente se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

(...) Por el contrario, no puede extenderse dicho reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español deban reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables (...).

### **3. LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO<sup>103</sup>**

De la Exposición de Motivos de la Ley destacamos los siguientes párrafos: “(...), el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado

<sup>103</sup> BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, pág. 2458-2461.

no puede hacerse depender de la demostración de concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

(...) No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio. (...)"

Se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio en los siguientes términos:

El artículo 68 se redacta de la siguiente forma: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo."

El artículo 81 establece que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio en los siguientes casos:

"1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad de indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañara propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación."

Se deja sin contenido el artículo 82 y se establece la siguiente nueva redacción del párrafo primero del artículo 84: “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.”

El artículo 86 establece que se decretará judicialmente el divorcio: “cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.”

Se deja sin contenido el artículo 87 y se alcanza la siguiente nueva redacción del párrafo primero del artículo 90 y su apartado a): “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberán contener, al menos, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.”

Se da una nueva reacción al artículo 92 en el siguiente sentido:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de su obligación para con los hijos.

2. El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.”

El punto cinco introduce la innovación de la guardia y custodia compartida, a solicitud de los padres en el convenio regulador o mediante acuerdo producido durante el

procedimiento, que el Juez debe fundamentar en su resolución, garantizando el eficaz régimen de guardia y custodia y procurando no separa a los hermanos. No cabe la guardia y custodia conjunta y compartida en los supuesto de estar uno de los cónyuges incurso en causa penal de las referidas en el punto siete del artículo 92. Cabe la posibilidad de que el Juez, excepcionalmente, decrete la guardia y custodia conjunta aún cuando no lo soliciten los cónyuges, con informe favorable del Ministerio Fiscal, siempre que fundamente su resolución en el interés superior del menor. ( art. 92. n.º 8 C. c.).

En todo caso el Juez, antes de dictar régimen de guardia y custodia deberá: a) recabar informe del Ministerio Fiscal; b) oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, c) valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella y d) la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (art. 92. n.º 6 C. c.). Para ello el Juez podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores (art. 92. n.º 9 C. c.).

En relación con los hijos, se redacta de nuevo el párrafo primero de la medida 1.ª del artículo 103 del Código civil, que queda como sigue: “1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con los establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guardia y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”

El artículo 97 fija los criterios de resolución de desequilibrio económico para uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio. Se establece que el cónyuge en posición de desequilibrio “tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal, o por

tiempo indefinido, o por una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”. A falta de acuerdo entre los cónyuges el Juez determinará en la sentencia el importe, atendiendo a los siguientes criterios: 1) los acuerdos alcanzados por los cónyuges; 2) edad y estado de salud; 3) cualificación profesional y posibilidades de acceso al empleo; 4) dedicación pasada y futura a la familia; 5) la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6) la duración del matrimonio y la convivencia, 7) la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8) el caudal y los medios económicos y las necesidades del otro cónyuge; y 9) cualquier otra circunstancia relevante.

El *Artículo segundo* de la presente Ley modifica la regulación de los derechos del cónyuge viudo. Así se da nueva redacción a los artículos 834, 835, 840 y 945 y se suprime el párrafo 2.º del artículo 837.

La *Disposición adicional única*, relativa al Fondo de garantía de pensiones, establece que “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.”

Por su parte, la *Disposición transitoria única*, se refiere a los procesos pendientes de resolución, de forma que los iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley se tramitarán de acuerdo a las normas procesales vigentes en el momento de interposición de la demanda, si bien “lo dispuesto en el Artículo primero de la presente Ley, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de entrada en vigor.” En el mismo sentido será de aplicación el artículo primero si la entrada en vigor de la Ley tuviera lugar durante el plazo para dictar sentencia. “En este caso, el Juez, previa suspensión del plazo para dictar sentencia, acordará otorgar a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten y aleguen cuanto a su derecho convenga.”

La *Disposición final primera*, establece las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, de forma que: se redacta de nuevo la regla 2.<sup>a</sup>, se añade un nuevo párrafo final a la regla 4.<sup>a</sup> y se introduce una nueva regla 7.<sup>a</sup> del artículo 770; se da nueva redacción al párrafo primero del apartado 2 del artículo 771; se modifica el apartado 2 del artículo 775; y se modifican los apartados 2 y 5 del artículo 777.

A su vez, la *Disposición final segunda*, modifica el párrafo 1.º del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.

Por último, la *Disposición final tercera*, establece que “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación de las Comunidades Autónomas.”

## SEGURIDAD SOCIAL DE CLÉRIGOS Y RELIGIOSOS

### REAL DECRETO 822/2005, DE 8 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULAN LOS TÉRMINOS Y LAS CONDICIONES DE INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CLÉRIGOS DE LA IGLESIA ORTODOXA RUSA DEL PATRIARCADO DE MOSCÚ EN ESPAÑA<sup>104</sup>

El presente Real Decreto asimila a los referidos clérigos a los trabajadores por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el régimen General de la Seguridad Social. Respecto al ámbito de aplicación se establece que “a los efectos de lo previsto en el presente real decreto, la condición de clérigo se acreditará mediante certificación expedida por el Patriarcado de Moscú en España, en la que habrá de constar el carácter de su dedicación estable, exclusiva y remunerada a las funciones de culto y asistencia religiosa.

---

<sup>104</sup> BOE, núm. 176, de 25 de julio.



Respecto a la acción protectora, ésta será la prevista para el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes exclusiones: a) incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo; b) desempleo; y c) las contingencias de enfermedad y accidente, cualquiera que sea su origen, se considerarán, en todo caso, como común y no laboral, respectivamente, y les será de aplicación el régimen jurídico previsto para estos en el Régimen General de la Seguridad Social.

En materia de cotización, se aplicarán las normas específicas establecidas en el artículo 29 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. Además estos clérigos no tendrán obligación de cotizar por las contingencias excluidas de su acción protectora.

Por último, hay que señalar, que el Patriarcado de Moscú asumirá los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social.

## **FINANCIACIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS**

1. Asignación tributaria. La Disposición adicional undécima de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005<sup>105</sup>, establece que: “Uno. Para el año 2005 se fija la cuantía de los pagos a cuenta mensuales a los que se refiere el apartado tres de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, en 11.789.140.

Dos. Se elevan a definitivas las cantidades entregadas a cuenta en el año 2004.”

2. Financiación de otras confesiones. La Disposición adicional decimotercera de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005<sup>106</sup>, establece

<sup>105</sup> BOE, núm. 312, de 28 de diciembre.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

que: “Para el año 2005 y con carácter temporal en tanto no se alcance la autofinanciación completa de todas las confesiones religiosas en España, se dispone la dotación de hasta 3.000.000 de euros para la financiación de proyectos que contribuyan a una mejor integración social y cultural de las minorías religiosas en España, presentados por las confesiones no católicas con Acuerdo de cooperación con el Estado o con “notorio arraigo”.

La gestión de la dotación a la que se refiere el párrafo anterior se llevará a cabo por una Fundación del sector público estatal creada para tal finalidad, en la forma establecida en el artículo 45 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.”