

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

BOILLEUX<sup>97</sup> defiende que el legislador ha guardado silencio sobre el dolo por confundirse necesariamente con el error. El autor, realiza una interpretación extensiva del art.180 y concibe el error como supuesto de nulidad cuando ha recaído sobre una cualidad de la persona, que ha sido condición sin la cual, el matrimonio no se hubiera contraído.

DURANTON<sup>98</sup> critica la interpretación restrictiva que se hace respecto del error y, lo califica de pura abstracción, teniendo en cuenta el formalismo y publicidad que envuelven al matrimonio.

MOURLON<sup>99</sup> realiza las tres posibles interpretaciones del art.180 del Código civil francés:

1.-Que prevea única y exclusivamente el error sobre la identidad física (línea que en principio fue seguida por el legislador).

2.-Que comprenda el error sobre la persona física y la persona civil, incluyendo las cualidades y dejando su interpretación al arbitrio de los tribunales.

---

97.-BOILLEUX, J.M.-Commentaire sur le Code Civil. 4ème édition. Tome I. Paris 1.838. Pág.113.

98.-DURANTON.-Cours de Droit...Op.cit. Pág.222.

99.-MOURLON, M.FR.-Répetitions écrites sur.. Op.cit. 4ème édition. Pág.340-341.

3.-Entender que el error sobre la identidad física está comprendida en el art.146 y el 180 comprende únicamente el error sobre las cualidades.

Por ley 75-67 de 11 de julio de 1.975 se añadió un segundo párrafo al art.180 en el que se admite expresamente como causa de nulidad el error sobre las cualidades esenciales de la persona<sup>100</sup>.

Nos ha parecido conveniente realizar esta breve referencia histórica al derecho francés para poner de relieve la relación existente entre el error en las cualidades personales y el dolo<sup>101</sup>.

Un importante sector de nuestra doctrina aprecia esta interrelación de la que tratamos: DE CASTRO<sup>102</sup>, ENTRENA KLENT<sup>103</sup>, LÓPEZ ALARCÓN<sup>104</sup>, GETE-

---

100.-Es de destacar que la jurisprudencia anterior a la ley de 1.975, invocaba el dolo como elemento que podía provocar un error en la persona y entrañar la nulidad del matrimonio. CORNU.- Droit Civil...Op.cit.Pág.267. MAZEAUD-MAZEAUD.- Leçons de Droit Civil...Op.cit.Pág.98.

101.-COLIN Y CAPITANT.- Curso elemental....Op.cit ."El dolo significa toda especie de artificio de que uno se sirve para engañar a otro. Por consiguiente, el dolo supone maniobras fraudulentas, manipulaciones, afirmaciones falaces empleadas para provocar el error en una persona y determinarla a ejecutar un acto...El dolo tiene por resultado inducir al error a la persona contra la que se dirige". Pág.216. DIEZ PICAZO.- El Negocio Jurídico del Derecho de Familia. Op.cit. afirma. "el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, debe llegar hasta donde llegue la fuerza invalidante del error". Pág.46.

102.-DE CASTRO.- El Negocio Jurídico. Ed.Civitas.Madrid, 1.985. Expone: "la más de las veces se apreciará la existencia conjunta de error y dolo por entenderse que el error fue inducido voluntariamente.", Pág. 152.

103.-ENTRENA KLENT.- Matrimonio, Separación....Op.cit. Pág.365.

ALONSO<sup>105</sup>, e incluso respecto del miedo, cuando el resultado de la maquinación sea la producción de este vicio<sup>106</sup>.

Nuestro objetivo en este epígrafe , era constatar otra de las muchas diferencias, en cuanto a regulación, entre el matrimonio y el contrato en general. Hemos reseñado que en el primero, el legislador no prevé el dolo como vicio típico del consentimiento, a diferencia del contrato (Cfr.art.1.265 y 73-4º y 5º C.c.). A pesar de ello, es absurdo negar la incidencia que este vicio, pueda tener en el consentimiento matrimonial, por su interrelación con el error y en lo que respecta a nulidad del matrimonio propiamente dicha. Ello sin olvidar, por otra parte, que demostrada la existencia de la mala fe provocada por el dolo de uno de los contrayentes, tendrá repercusiones a efectos del matrimonio putativo y, a efectos de la posible

---

104.-LÓPEZ ALARCON, M.-El nuevo sistema matrimonial español: nulidad, separación y divorcio. Ed. Tecnos. 1.983. destaca la incidencia del dolo al afirmar que "cuando el error es dolosamente causado por el otro cónyuge, esta cualificación del error lo agrava, y le da mayor entidad, de tal manera, que alguna cualidad que , valorada sin la comitancia del fraude, sería irrevelante como error causante de la nulidad, cualificada por el dolo, podría alcanzar entidad suficiente para anular el matrimonio". Pág. 77.

105.-GETE-ALONSO.-Comentarios.... Op.cit. Pág. 385 , 386.

106.-PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel.-Derecho de Familia. Universidad de Madrid, 1.989. poniendo de relieve que la demostración del dolo facilitará la prueba del error e influirá para enjuiciar la mala fe a efectos del matrimonio putativo. Pág. 57.

indemnización, en el caso que haya existido convivencia conyugal para el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo (Vid. rt.98 C.c.).

Por último, recordar la ST.25-noviembre-1985 que alude al dolo y afirma, para el supuesto de hecho planteado, en su tercer fundamento de derecho: "la existencia de una conducta dolosamente grave...puesto que el recurrente se sirvió indudablemente de la astucia de celebrar un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocida por la contrayente recurrida hubiera impedido la celebración de la boda..."<sup>107</sup>.

#### 2.4.3.-LOS REQUISITOS DE LA VIOLENCIA.

Para delimitar el tema, debemos destacar en primer lugar, que ningún párrafo del art.73 del C.c., -que trata de la nulidad del matrimonio-, recoge la violencia como un vicio específico del consentimiento matrimonial.

Realizada esta matización, sería ilusorio tan sólo insinuar que un matrimonio, en que una de las partes hubiera prestado su consentimiento provocado

---

107.-ST..25-noviembre-1.985.Repertorio de Jurisprudencia. Aranzadi, 1.985.nº5.901.Pág.4.991 y ss.En esta Sentencia, la conducta dolosa, incide en una clara reserva mental, causa por la que se decreta la nulidad del matrimonio en la jurisdicción eclesiástica y, en la jurisdicción civil, se plantea la indemnización en favor del otro contrayente, que se otorga, por constatarse dolo.

por una "fuerza irresistible" ejercida sobre su persona, no pudiera considerarse nulo.

Hemos de partir , sin duda, del art.1.267 del C.c., que contempla la violencia en términos concretos. De la lectura del precepto legal citado, surgen las diferentes figuras que acoge: la violencia o fuerza corporal (Vis absoluta) y la intimidación o coacción psíquica (Vis impulsiva), siendo esta última la prevista de forma expresa, como vicio del consentimiento matrimonial, en el párrafo 5º del art.73 del C.c..

La primera conclusión a la que puede llegarse es la de advertir que no se recoge como vicio del consentimiento matrimonial el primer supuesto previsto en el art.1.267: la violencia propiamente dicha o fuerza corporal<sup>108</sup>.

A nuestro entender, la postura del legislador es lógica y loable, ya que de lo contrario (-su previsión en el art.73 C.c.-) hubiera incurrido en una reiteración innecesaria.

Calificar, en la hipótesis descrita, como vicio del consentimiento matrimonial la violencia física,

---

108.-La violencia física puede conceptuarse como una total divergencia, advertida, pero no querida, entre lo interiormente querido y lo externamente manifestado. MARTINELL GISPERSAUCH, José María "El Consentimiento coaccionado en el matrimonio civil español" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo LXXXII, Ed.Reus, 1.981.Pág.29.

hubiera resultado del todo incorrecto, porque la primera premisa que necesitamos para poder hablar de vicios del consentimiento es, precisamente, la existencia de ese consentimiento propiamente dicho.

No dudamos en afirmar que ante la existencia de violencia física, se produce una ausencia de consentimiento y ésta se manifiesta en que el sujeto carece no ya de voluntad de decisión sino, específicamente de voluntad<sup>109</sup>.

Apuntábamos en líneas anteriores que se hubiera producido una reiteración porque en el negocio jurídico matrimonial, la ausencia de consentimiento, está prevista en el párrafo inicial del art.73 y del art.45 del C.c., al declarar nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial en el primero de los artículos citados y, afirmar el segundo, que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

Planteando un supuesto de celebración de matrimonio, en que uno de los contrayentes contestara afirmativamente como efecto de la violencia física que

---

109.-En igual sentido LUNA SERRANO, -Elementos de Derecho Civil... Op.cit. Pág.161. ROCA SASTRE, realiza una crítica al Código civil por equiparar violencia con intimidación, entendiéndose que en el primer supuesto (Vis absoluta o corpore illata) no hay consentimiento y el contrato debería considerarse nulo o inexistente. Estudios de Derecho Privado I. obligaciones y contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.948. Pág.12.

se está ejerciendo, resulta difícil pensar que este matrimonio pudiera concluirse. Los argumentos que pueden aducirse son, en primer lugar la tramitación del expediente matrimonial por exigencia del art.56 del C.c. y, así como la publicidad que conlleva la celebración del matrimonio.

La presencia del juez o funcionario y la de los testigos en el acto de celebración, reducen a un supuesto prácticamente inverosímil el caso al que hemos hecho alusión. Puede afirmarse que la presencia de terceras personas (juez o funcionario y testigos), excluiría la existencia de la vis física en las partes intervinientes<sup>110</sup>.

Retomando el vicio del consentimiento especificado en el párrafo 5º del art.73 del C.c., (coacción o miedo grave), debemos remitirnos al artículo 1.267 del C.c. que indica cuando existirá intimidación:"..cuando se inspira a uno de los

---

110.-Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-12-1.946 señala que la tramitación del expediente matrimonial, supone en sí mismo, un acto que imposibilita en cierta manera, no ya la violencia física, a la que nosotros hacíamos referencia, sino la coacción, señala en su primer considerando:"...iniciado el expediente matrimonial, se ratificó aquel (el actor) en presencia judicial en la solicitud que había presentado instando la celebración del matrimonio, momento el de la aludida ratificación en que pudo con libertad hacer presente la coacción que afirma se ejercía sobre él".Como simple conjetura cabría imaginar que el juez o funcionario y los testigos tuvieran conocimiento de la existencia de violencia física y, permitieran la realización del acto.Es impensable hablar, en este acto, de celebración de matrimonio.Se trataría de un supuesto claro de inexistencia de negocio jurídico; inexistencia de matrimonio.

contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona."<sup>111</sup>. En sede matrimonial no hay artículos propios que regulen este vicio del consentimiento.

La coacción o intimidación presenta, como elementos constitutivos, la existencia de una amenaza que girará en torno a un mal "inminente y grave" y, como consecuencia de ello, se crea un estado de temor o miedo respecto al sujeto que sufre la amenaza.

La doctrina señala la necesidad de que sea determinante de la prestación del consentimiento, es decir, que exista una clara relación de causalidad entre la coacción o el miedo y el consentimiento.

La jurisprudencia ha indicado, de forma reiterada y nuestra doctrina se ha hecho eco de ella, que la amenaza debe ser hecha contra "derecho", es decir ha de tratarse de un mal injusto, ilegítimo o antijurídico. Al respecto no tendrán esta consideración la amenaza de entablar una acción reconocida al sujeto (tercero que realiza la amenaza), por el ordenamiento jurídico. No se

---

<sup>111</sup>.-En virtud de Ley 11/1.990 de 15 de octubre desaparece el "sexo" del art.1.267 como criterio a tener en cuenta para calificar la intimidación.

considera injusto o ilegítimo el ejercicio de un derecho.

Este, es uno de los requisitos que entendemos no aplicables al consentimiento matrimonial.

A nuestro juicio, en el matrimonio, el consentimiento ha de estar dotado de plena libertad para considerarlo válido (junto a otras premisas). Es innegable que el ejercicio de un derecho, aunque reconocido y legítimo, supone un recorte a la libertad del contrayente, si con ello se pretende la prestación del consentimiento.

Piense en el ejercicio de la acción para reclamar los gastos realizados en consideración a un futuro matrimonio, por que una de las partes se niega a la celebración y, podríamos añadir, sin justa causa. La acción en sí misma es legítima y reconocida por nuestro ordenamiento jurídico (Cfr.art.43 C.c.). Sin embargo, si la finalidad del ejercicio de la acción es presionar y coaccionar a la persona que se ha negado a la celebración, a fin de conseguir la prestación del consentimiento, éste, no es plenamente libre y, en consecuencia si llegará a celebrarse podría ejercitarse la oportuna acción de nulidad fundamentada en la coacción.

Otro supuesto aunque más extremo, pero no por ello irreal, se presentaría en la comisión de un delito contra la honestidad. Si la persona ofendida

por el delito amenaza con el ejercicio de la acción en caso que el ofensor no quiera contraer matrimonio, se tratare también del ejercicio de una acción concedida por el derecho, sin embargo el consentimiento que se prestara (al matrimonio) no habrá sido fruto de una decisión totalmente voluntaria; más bien podría afirmarse que el matrimonio es fruto en este caso de un juicio de conveniencia ante la alternativa que se presenta: contraer matrimonio o ser denunciado<sup>112</sup>.

La amenaza del mal no tiene que revertir, respecto del consentimiento matrimonial, la

---

112.-De los diferentes supuestos de ejercicio de acciones legales, cabe la duda respecto a que el juez en el supuesto de hecho planteado (solicitar la nulidad del matrimonio), apreciara que se trata en definitiva de un mal "inminente y grave" para entender que ha existido coacción. Y aunque lejana en el tiempo, cabe recordar la S.21-marzo-1.950., que declaró: "...La fuerza coactiva de la amenaza de promover un procedimiento judicial contra la persona a quien se pretende intimidar...ha de ser en cada caso cuidadosament examinado por los tribunales, por revestir su empleo aspectos y matices muy diversos que modifican su eficacia frente a los términos con que configuran la intimidación los párrafos segundo y tercero del art.1.267C.c..Para que el ejercicio de este medio intimidatoria sea justo no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia...habrá de reputarse injusto tal ejercicio cuando con la amenaza de un procedimiento judicial lesivo para la persona o los bienes del amenazado se procurara forzar el consentimiento para otorgar un contrato y con mayor razón si de contraer matrimonio se trata que con el dicho procedimiento judicial, no podría en modo alguno obtenerse". Indudablemente, en las hipótesis que nosotros hemos plantado, la acción en si misma no tiene por finalidad que se preste el consentimiento matrimonial. Es nítido el efecto que persiguen las acciones: la de resarcir parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídos en consideración al matrimonio prometido (Cfr.art.43 C.c.) y, la imposición de pena para el ofensor (art.443 C.p.). En consecuencia, perseguir la prestación del consentimiento matrimonial, desvirtua la finalidad de las acciones mencionadas.

característica de injusto o ilegítimo, porque a pesar de la justicia o legitimidad continua coartando la libertad de la persona<sup>113</sup> y por ello el consentimiento estará viciado.

Señalar, asimismo, otra discrepancia importante en cuanto a la aplicación de este vicio del consentimiento al matrimonio. Nos referimos a las personas o bienes sobre los que ha de recaer la amenaza del mal; tampoco, a nuestro entender, se ajustan expresamente las personas relacionadas en el art.1.267 C.c., a la materia que es objeto del presente estudio.

La norma legal alude a la persona o bienes de quien se amenaza y, a continuación, habla de persona o bienes del cónyuge. Es necesario realizar una labor interpretativa y referirlo a la persona o bienes del futuro cónyuge; porque como tal, todavía no posee esta cualidad. Junto a esta interpretación, creemos conveniente una ampliación de las personas sobre las que puede recaer la amenaza, ampliación que irá referida a aquellos sujetos con los que, a pesar de no existir ninguna relación de parentesco, es posible

---

113.-En el mismo sentido: PEÑA BERNALDO DE QUIROS, -Derecho de Familia. Op.cit. "En relación con el matrimonio, toda intimidación es ilícita". Pág.58. GETE-ALONSO Comentario art.73 del C.c. en Comentarios a las Reformas. Op.cit. Pág.388. LACRUZ-SANCHO. -Elementos ... Fascículo I. Op.cit. Pág.157.

que se haya establecido una relación afectiva<sup>114</sup> por la cual se constata la existencia de intimidación en el consentimiento.

De lo expuesto en el presente epígrafe, deseamos resaltar la diversidad de tratamiento sobre la intimidación, (junto a otras diferencias señaladas), entre contrato y matrimonio, a pesar de acudir a un precepto general en materia contractual pero no aplicable en su totalidad al matrimonio (art. 1.267 C.c.).

#### 2.4.4.-LA SIMULACIÓN.

La simulación está configurada como una anomalía respecto a la constitución de los negocios jurídicos patrimoniales. Generalmente se la conceptua como la divergencia consciente, querida por las partes, entre la voluntad declarada o exteriorizada y el querer interno. Es sobradamente conocida la clasificación, que admite esta figura, en atención a lo que las partes han querido realmente conseguir y, en este sentido existe la simulación total (no se ha querido realizar ningún negocio jurídico) o, parcial ( la voluntad de las partes era celebrar un negocio jurídico determinado bajo la apariencia de otro, que és el que se exterioriza).

---

114.-De la misma opinión GETE-ALONSO.-"Comentario art.73.C.c." en Comentarios a las reformas..Op.cit.Pág.388.

Centrada la simulación en materia de matrimonio, plantea a priori, diferentes cuestiones que crean gran disimilitud en su aplicación.

y en este sentido, un primer problema a abordar es la admisibilidad de la simulación como causa de nulidad matrimonial. Una segunda cuestión a resaltar es que, hipotéticamente admitida ésta, no es susceptible de aplicar la clasificación a la que hemos hecho mención, ya que la simulación parcial no se ajusta en sede del negocio jurídico matrimonial. El matrimonio se quiere o no se quiere en su totalidad y, a través de él no puede realizarse ningún otro negocio jurídico.

Esta afirmación difiere, en cuanto a su aplicación, del matrimonio contraído en forma canónica. En éste existen unos fines específicos y características esenciales, que si permiten a las partes simular parcialmente el matrimonio, cuando niegan en su fuero interno, asumir la totalidad de los fines.

En el matrimonio civil, los futuros contrayentes pueden realizar dos opciones en el momento de prestar su consentimiento: o desean, en su querer interno, que nazca el vínculo matrimonial asumiendo todo su contenido o, por el contrario, quieran crear una apariencia de matrimonio, sin la asunción de los derechos y deberes propios del negocio que realizan,

con finalidades particulares y, ajenas a la esencia del matrimonio. Si bien cabría hablar de una situación intermedia entre las expuestas; Esta sería limitar el contenido de la relación matrimonial en virtud de una condición o modo que pudiera dar indicios de la existencia de simulación parcial. Sin embargo esta condición o modo se tendría por no puesta en virtud del párrafo 2º del art.45 C.c.

Entendemos que la simulación plantea una problemática muy rica en matices y por ello será materia de examen en un capítulo posterior.

La alusión a la misma, en este apartado, tiene la finalidad de destacar otra figura jurídica, que no permite su íntegra aplicabilidad al negocio matrimonial.

#### 2.4.5.-LA APARENTE INADMISIBILIDAD DE LA RESERVA MENTAL.

Es doctrina pacífica, entre los estudiosos del derecho civil, que la reserva mental, concebida como "el hecho de que la declaración negocial sea realizada voluntariamente, pero con una voluntad que se oculta, contraria a la declarada"<sup>115</sup> no invalida la declaración de voluntad que se ha emitido, en base a la seguridad jurídica de las relaciones y al

---

<sup>115</sup>.-DE CASTRO Y BRAVO.-El Negocio Jurídico...Op.cit.Pág.96.

principio de autorresponsabilidad de las partes, tesis que se ha defendido y mantenido para el negocio jurídico en general.

Nuestra concepción difiere, de la expresada lo que respecta al matrimonio, como negocio jurídico.

Entendemos que la prestación del consentimiento matrimonial, otorgada con reserva mental, daría lugar a un supuesto de ausencia de consentimiento (Cfr.art.73-1º,45-1º C.c.) y, faltando este elemento básico para constituir el matrimonio, podría decretarse nulo, con clara discrepancia de efectos, respecto a los negocios jurídicos patrimoniales en general sobre los que no tiene incidencia.

Dedicaremos en un próximo capítulo, la argumentación y defensa de la tesis aquí expuesta.

#### **2.5.-LA FINALIDAD DE LAS PARTES EN EL MATRIMONIO.**

Los futuros contrayentes, en la concurrencia al acto de celebración prestan un consentimiento, que - de no estar afectado por algún vicio, incapacidad o ausencia de consentimiento-, va a ir dirigido y predeterminado a una misma finalidad.

Esta, no es otra que la creación del vínculo jurídico, con la asunción de derechos y deberes previstos en la ley para el matrimonio. Persiguen, si se nos permite la expresión, unos intereses comunes a ambos que muy bien pueden calificarse de personales.

Analógicamente, si utilizamos la terminología propia del negocio jurídico patrimonial, estos intereses serán convergentes y confluyentes al vínculo matrimonial, característica completamente opuesta a los negocios patrimoniales, al contrato, donde los intereses de las partes, son por excelencia divergentes ya que desean obtener cada una de ellas cosas distintas<sup>116</sup>.

## 2.6.-EL MATRIMONIO ACTO CREADOR DE UN ESTADO CIVIL.

Nuestra finalidad en este apartado es el de señalar que no existe contrato, en nuestro ordenamiento jurídico, creador de una cualidad o condición de la persona, que acredite su modo de ser o estar en la comunidad, con atribución de efectos jurídicos e inscripción en los oportunos asientos del Registro civil, constituyendo ésta, (-la inscripción-) prueba de los hechos inscritos (Cfr.art.2ºL del Registro Civil).

---

116.-BETTI, E.-Teoría General del Negocio Jurídico...Op.cit señala:".....el negocio con intereses contrapuestos es el contrato, el negocio con intereses paralelos o convergentes a un fin común suele denominarse acuerdo...En la esfera privatista son ejemplos de acuerdo...negocios jurídicos de Derecho de Familia como el matrimonio y la adopción.." Pág. 225 y 226. En la esfera contractual, estos intereses contrapuestos no se aprecian inicialmente en el contrato de sociedad, razón que ha llevado a algún sector doctrinal a considerarlo como un acto complejo GULLON BALLESTEROS, Antonio.-Curso de Derecho Civil.Madrid, 1.972.Ed.Tecnos.Pág.338.

sin entrar en la polémica de determinar si el matrimonio es constitutivo de un estado civil,-el de casado<sup>117-</sup>, lo cierto es que se trata de un acto integrado en el objeto del Registro civil(Cfr.art.1º,9.L.R.C. en concordancia con art.61 C.c.).

Al negocio jurídico matrimonial, se le considera en su doble aspecto, como acto constitutivo, que crea el vínculo jurídico denominado matrimonio "*in fieri*" y como estado, consecuencia inmediata de ese vínculo jurídico: matrimonio "*in facto esse*".

El acto se produce en virtud de la prestación del consentimiento de los contrayentes en presencia del funcionario autorizado y los dos testigos. Se trata de un acto de constitución instantánea, por no tener prolongación en el tiempo;el estado que surge coetaneamente al acto, viene caracterizado por la idea de perdurabilidad.

---

117.-BADOSA, mantiene opinión en contra que el matrimonio cree un estado civil para los cónyuges y, adopta el término de "condición civil", utilizada en el derogado art.9-1º del c.c., contraponiéndolo a un estado civil en sentido estricto y entendido éste como "una categoría jurídica personal de aplicabilidad absoluta, es decir, a todos los ciudadanos pero no uniforme puesto que su finalidad es diferenciarlos; cada estado civil se articula en estatutos personales diferentes...La cualidad de "no casado" carece de contenido jurídico propio y es la mera indicación negativa de no estar actualmente casado."BADOSA COLL, Ferran.-"La Regulación del matrimonio a partir de la Constitución" en Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales del Foro.VIII.Separata.Publicaciones de la Univesidad Pontificia de Salamanca, 1.989.Pág.333-334.

La prolongación en el tiempo o perdurabilidad de la situación esta determinada por dos factores que influirán de forma decisiva.

Así, la voluntad de los propios contrayentes o, uno de ellos acongiendose a alguna de las causas previstas en el Código civil para solicitar la disolución del vínculo. Esta opción, depende de su voluntad y, tras la resolución judicial favorable, se producirá la extinción del estado jurídico matrimonial.

Hacemos salvedad de la nulidad, porque la sentencia que recaiga en el oportuno procedimiento, declarará en definitiva que ese estado no había surgido entre los contrayentes.

El otro de los factores que influye, no depende ya de la voluntad de las partes, sino de circunstancias ajenas a ellas, tales como la muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges (art.85 C.c.).

Esta cualidad o condición de "casados" es consecuencia directa del acto constitutivo , restando al margen la voluntad de las partes, en cuanto a derechos y deberes conexos a dicha condición.



## 2.7.-LOS ELEMENTOS ACCIDENTALES EN EL NEGOCIO

### JURIDICO MATRIMONIAL.

La doctrina anterior a la reforma del Derecho de Familia de 1.981, no permitía en el matrimonio, la adición de elementos accidentales para salvaguardar la certeza del estado civil de los contrayentes, afirmando al respecto, que el contenido del matrimonio no puede surgir o dejar de tener efecto a su voluntad.

Tras la reforma y de modo expreso, el párrafo segundo del art.45 del C.c. indica que:"*la condición,término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta...*". Del precepto legal, pueden realizarse una serie de afirmaciones. En primer lugar es el propio legislador el que confirma la corriente doctrinal anterior a la reforma y continua sin admitir, en materia matrimonial, los mencionados elementos accidentales. En segundo lugar existe una novedad importante como es la sanción específica frente a esta contravención.

La consecuencia lógica en el supuesto de adición de alguno de los elementos accidentales, sería la prestación de un consentimiento no válido para el matrimonio, ya que el consentimiento válido y exigido por el legislador es totalmente puro, sin que nada ni nadie pueda limitarlo.

si se presta el consentimiento sometido a condición, término o modo, éste se ha limitado por voluntad de las partes y, este consentimiento restringido es el único que han prestado.

Sin embargo, el legislador realiza una ficción, entendiendo que ese consentimiento es puro, al preceptuar en el párrafo segundo del art.45 del C.c. que se tendría por no puesta la condición, el término o el modo.

Por esta ficción entendemos que en algunos supuestos, se dará por válido y eficaz un matrimonio en que el consentimiento no ha sido prestado plenamente ni en su totalidad. Por el "*favor matrimonii*" se introduce así la regla sabiniana, aplicable, en principio, a las disposiciones "*mortiscausa*".

Una mayor problemática ofrece este apartado segundo del art.45, que intentaremos abordar con mayor profundidad en próximos capítulos, así como indagar si el elemento accidental se constata en la propia celebración o, reside exclusivamente en la voluntad de las partes, sin que tengan conocimiento el juez o funcionario autorizado ni los testigos presentes en la celebración y creación del vínculo.

Los negocios jurídicos de carácter patrimonial, contrariamente a lo expuesto, sí son susceptibles de la adición, a voluntad de las partes, de los

elementos accidentales, teniendo presente, -en todo caso-, que el modo se caracteriza como elemento propio de los negocios jurídicos patrimoniales a título gratuito.

## 2.8.-LA INEFICACIA DEL DESESTIMIENTO.

En base al principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual, nada impide a las partes, en un principio, que puedan variar su decisión.

Estos pueden, por mutuo acuerdo, dejar sin efecto el contrato que habían realizado anteriormente.

Será así, siempre y cuando con su actuación no perjudiquen derechos de terceras personas ajenas a esa relación obligacional y, exigiendo, de igual forma, que los patrimonios resten en la misma situación que tenían antes del contrato que ha sido objeto de desestimiento.

En el negocio jurídico matrimonial, el desestimiento de los cónyuges es totalmente ineficaz por sí solo, como mera declaración de voluntad; no porque los cónyuges realicen una declaración de voluntad en contra de la prestación del consentimiento matrimonial, van a producirse los efectos jurídicos oportunos.

Es imprescindible la sentencia judicial, que exige nuestro ordenamiento civil tanto para el