

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

en forma auténtica antes del matrimonio, y notificación al juez o funcionario autorizante. Si se produce la revocación del poder sin cumplir el requisito de la notificación, el matrimonio debe considerarse nulo, a pesar de la declaración, vacía de contenido, que hiciera el nuntius, por no tener conocimiento de la revocación. En todo caso, como señala PUIG FERRIOL, puede proceder una acción indemnizatoria con base a lo prevenido en el art.1.902 C.c. "frente a la persona responsable de que no se notificara "de inmediato" la revocación al funcionario autorizante, provocando con ello, la celebración de un matrimonio nulo"<sup>224</sup>.

La segunda de las causas previstas, -renuncia del apoderado-, no se realizará declaración de voluntad, con lo que el matrimonio no llegara a celebrarse.

Finalmente, la muerte del apoderado, conllevaría la misma solución antes mencionada. La muerte del poderdante, en caso que el matrimonio se celebrara por no tener conocimiento el otro cónyuge y el apoderado, sería una declaración vacía de consentimiento matrimonial<sup>225</sup>.

---

224.-PUIG FERRIOL, Luis.-Comentario... Op.cit.Pág.291.

225.-A nuestro juicio, cabe plantear hipótesis, diferentes de los previstos en el C.c. que conllevarían la nulidad del matrimonio celebrado por poder. Así, piensese que la persona que ha otorgado el poder para la futura celebración del matrimonio, pierde la capacidad entre el otorgamiento del poder y el acto de celebración del proyectado matrimonio. Cuestionamos si

B.-Por el contrario, en la otra hipótesis referida, no estaríamos ante una carencia volitiva y cognoscitiva respecto al matrimonio, ya que la persona es consciente en todo momento del acto que va a realizar, pero de una forma voluntaria excluye el contenido, a pesar de la declaración afirmativa que otorga en presencia de las personas legitimadas para el acto.

En estos supuestos surgen las figuras jurídicas de la simulación y la reserva mental, cuya problemática será posteriormente objeto de estudio.

Habría que señalar finalmente que, a pesar de la no previsión en nuestro ordenamiento de convalidación para estos aparentes matrimonios, entendemos que si podrían convertirse en vínculos legalmente establecidos por la fuerza del consentimiento, en el supuesto lógico por otra parte, que los celebrantes así lo deseen. De este modo, su voluntad tendría trascendencia jurídica por medio de la convivencia, de la cohabitación voluntaria, que implicaría asumir el contenido del vínculo matrimonial<sup>226</sup>. En caso contrario su invalidez será absoluta.

---

será válido la declaración del apoderado o en su caso, estará afectada dicha declaración por la incapacidad que padece el poderdante.

226.-La convivencia o cohabitación conlleva un "comportamiento duradero, libre y voluntario, el cual en presencia de un título que lo justifica -el matrimonio- el ordenamiento entiende oportuno atribuirle eficacia sanatoria porque implica voluntaria actuación". "Sia pure parciales de las obligaciones del

#### 2.1.4.-IRREGULARIDADES EN LA DECLARACION Y CONSENTIMIENTO VÁLIDO.

El matrimonio, en cuyo acto de celebración se producen ciertas irregularidades, ha sido tratado en páginas anteriores dentro del presente capítulo.

A modo de síntesis de lo allí expuesto, señalaremos que el matrimonio será válido, si al menos uno de los contrayentes lo contrajo de buena fe (art.78 C.c.), si el juez o funcionario ejerce sus funciones públicamente (art.53 C.c.) y estan presentes los dos testigos.

#### 2.1.5.-IRREGULARIDADES EN LA DECLARACIÓN Y CONSENTIMIENTO VICIADO.

En esta hipótesis se plantea una doble vía que afecta al matrimonio.

La primera de ellas va referida al consentimiento prestado afectado de algún vicio, que pueda conllevar, si la parte lo desea, la nulidad del matrimonio.

---

matrimonio". PEREGO, Enrico.-La Libertè del Consenso nel Matrimonio Civile. Giuffrè Editore. Milano, 1.983. Pág.27. En igual sentido entiende que el consentimiento puede ser integrado a posteriori con el comportamiento concluyente, con la cohabitación o con el decurso de un año (previsto en la ley) con una valoración típica, idónea para completar el consentimiento previsto en el ordenamiento jurídico italiano. PINO, Augusto.-Il Diritto di Famiglia. 2a. Edizioni, Cedam. Casa Editrice. Dott. Antonio Milani, 1.984. Pág.47

En caso contrario, y atendiendo siempre a la voluntad de las partes, este matrimonio es susceptible de convalidación por la convivencia de los cónyuges (Cfr.art.76 del C.c.).

La irregularidad en la declaración, segunda de las vías señaladas, ha sido abordada anteriormente y no podrá decretarse nulo el matrimonio por esta causa específica si consta la buena fe de uno de los contrayentes (art.78 c.c.) ,la presencia de los testigos, y el ejercicio de función pública del juez o funcionario.

#### 2.1.6.-DEFECTO DE DECLARACION.

Por defecto de declaración podemos interpretar dos supuestos claramente diferenciados entre sí:

Cabe la posibilidad que el contrayente o contrayentes, ante la presencia del juez o funcionario autorizado y ante la de los testigos, no emita ninguna delcaración de voluntad, es decir, no exterioricen por ningún medio la voluntad de querer contraer matrimonio o, ante su silencio, responda persona diferente a la de los propios contrayentes, exceptuando el caso del matrimonio contraído mediante apoderado<sup>227</sup>.

---

227.-Ese supuesto se encuentra incluido en el propio artículo 146 del código civil francés y puesto de manifiesto por los comentaristas de la época.En este sentido DURANTON,M.-Cours de Droit Civil.Tome 1er.4ème edition.Bruxelles, 1.841.Pág.211.En la

La solución jurídica a este planteamiento, viene determinada en el art.45 del C.c., en concreto en su párrafo 1º .al declarar:"no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial". Y en el incumplimiento de los preceptuado en el art.58 del C.c., por establecer que después de leídos los artículos 66,67 y 68, el juez o funcionario pertinente preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y,respondiendo ambos afirmativamente.

Efectivamente, aquí no ha habido declaración exteriorizada del consentimiento matrimonial, y en consecuencia, el vínculo jurídico no ha surgido en ningún momento. No estamos ante un matrimonio que pudieramos calificar de inexistente sino ante una inexistencia de matrimonio.

La segunda de las interpretaciones que apuntábamos será cuando se produzca una ausencia total de forma, sin presencia física del juez o

---

misma línea el ordenamiento italiano al afirmar:"*In ordine alla mancanza del consenso como causa di inesistenza del matrimonio (che qualche antare farebbe rientrare nella nuancaza de celebrazione),si ritiene d'ordinario che essa ricarra nella ipotesi in ciu da parte delgi sposi, o di uno di volersi prendere rispettivamente in marito e in moglie prevista dall'art.1.07 o perchè uno o entrambi, interrogati dall'ufficiales dello stato civile abbiano rispoto negativamente,o perchè abbiano tacinto ed altri abbia rispoto affermativamente per essi*".BERTOLA,Arnaldo.-Voz "Matrimonio"(Diritto civile) en Novissimo Digesto Italiano.Tomo X.(Ma-Mu) Ed.Utet, 1.964.Pág.360.

funcionario autorizante, ni de los testigos, por lo que nos remitimos a lo expuesto en páginas anteriores, siendo aplicable lo allí señalado.

CAPITULO III.-LA SIMULACION Y LA RESERVA MENTAL  
EN EL MATRIMONIO.



### 3.1.-ACOTAMIENTO AL CONCEPTO JURIDICO DE SIMULACION.

Etimológicamente, la expresión "simulación" proviene de la voz latina "simulare" cuyo significado es fingir o hacer aparecer lo que no es cierto.

Jurídicamente, la simulación entendida como una causa de imperfección del negocio jurídico, viene centrada en una apariencia jurídica. Dicha apariencia se presenta a terceras personas en base a un acto o negocio jurídico. Las partes que realizan este acto o negocio, en su fuero interno, no lo desean y consecuentemente no lo asumen como tal. Las relaciones jurídicas que necesariamente despliega el acto no surgen entre las partes por existir un acuerdo o pacto anterior o coetáneo a la celebración del negocio, en virtud del cual, son rechazadas por voluntad de los sujetos. Esta actitud interna es desconocida y por ello engañosa para las terceras personas que tengan conocimiento de dicho negocio.

La apariencia jurídica que crea la simulación, en ocasiones, tiene la finalidad de conseguir unos determinados efectos jurídicos.

Lo afirmado hasta el momento respecto a la simulación puede aplicarse en su totalidad al negocio jurídico matrimonial.

Efectivamente, el matrimonio simulado crea una apariencia legal de matrimonio frente a terceras personas, -básicamente frente al juez y los testigos-. Es una apariencia de matrimonio válido y eficaz, en el que se han seguido y cumplido todos los requisitos exigidos para prestar el consentimiento, en la forma, pero sin embargo, es un matrimonio en el que falta el elemento indispensable para crear la relación jurídica matrimonial, para hablar verdaderamente de matrimonio: el consentimiento matrimonial.

El problema de la simulación, es un problema de consentimiento<sup>228</sup>. Creemos oportuno, no obstante, antes de adentrarnos en su problemática, tratar de diferenciar la simulación en sentido estricto de otras figuras afines, aunque debe admitirse que las disimilitudes no son totalmente absolutas ni fijas<sup>229</sup>. Y prueba de ello se halla en las diferentes posiciones doctrinales mantenidas, en relación a la interpretación y alcance del art.123 del Código civil italiano que regula la simulación.

---

228.-Tratando el tema de la simulación en un análisis del ordenamiento jurídico italiano, CARRION, conceptua el consentimiento matrimonial como aquel consentimiento exteriorizado por los cónyuges ante el encargado del Registro, con independencia de los pactos que realicen, siempre y cuando el contenido de estos pactos sea compatible con "la razón de ser que para el Ordenamiento del Estado presenta la unión matrimonial".CARRION, Salvador.-"En torno a la simulación del Matrimonio Civil."en Revista de Derecho Privado.Enero, 1.981.Págs.35/64 y Febrero, 1.981.Págs.128/152,cita en Pág.51.

229.-BETTI, E.-El negocio jurídico.Op.cit.Pág.294-295 y 301.

Entre las figuras afines cabe señalar la reserva mental, el negocio indirecto y el negocio en fraude de ley.

Considerando que el núcleo central de la simulación, junto a otros elementos, es el acuerdo o pacto simulatorio, éste, nos ayudara a delimitar la frontera entre simulación y reserva mental, así como la simulación respecto al negocio indirecto<sup>230</sup>.

A.-En relación a la reserva mental, y desde una perspectiva eminentemente civil, el acuerdo o pacto simulatorio sirve para resaltar la disparidad con la simulación. En ésta, se exige el mencionado acuerdo en el que las dos partes estarían comprometidas al ser concedoras recíprocamente de la voluntad interna de una y otra. No sólo, el pacto va a implicar tener conocimiento de lo que se pretende, sino también, prestar la declaración externa de voluntad, (que será simulada), a fin de realizar el negocio jurídico que se han propuesto.

En la reserva mental, no existe ningún pacto o acuerdo entre las partes implicadas en el negocio. Lo común y general será que una sola de las partes realice su declaración bajo reserva mental; y exteriorizará una voluntad contradictoria con la

---

230.-En este sentido ARECHEDERRA, Luis.-"La Simulación en el Matrimonio civil." en Revista Jurídica de Catalunya, I. Trimestre. 1.980. Pág. 201

voluntad interna. En la mayoría de los casos, habrá un total desconocimiento de la otra parte interviniente en el negocio, al quedar la reserva en el fuero interno.

Cabe pensar en el supuesto de un negocio concluido bajo doble reserva mental; es decir, serán las dos partes las que actúan con ausencia de consentimiento interno y realizan las declaraciones de voluntad ausentes de todo contenido negocial. En este caso, una respecto a la otra y viceversa, tampoco tienen porque tener conocimiento de tal actuación y, en consecuencia, no existiría acuerdo o pacto simulatorio. Aunque en el caso planteado, estaríamos en presencia de un engaño recíproco.

Cuestión distinta, a nuestro entender, se daría en la hipótesis mencionada, concurriendo de forma anterior o coétanea al negocio una comunicación entre las partes de las intenciones recíprocas respecto al negocio jurídico que pretenden llevar a cabo. Y en el negocio que nos ocupa, (-el matrimonio-), la intencionalidad de la reserva mental es única; (como veremos posteriormente, centrada en la no asunción personal del contenido del vínculo), con lo que las partes pretenden el mismo fin, (-crear una apariencia de matrimonio-), y el conocimiento recíproco, podría ser equivalente al pacto o acuerdo simulatorio, previo el consentimiento de ambas partes.

B.-Respecto de la simulación y el negocio indirecto, cabe señalar, entre otras diferencias, la incompatibilidad que existe en la simulación entre el negocio y los fines que persiguen las partes ; y en el negocio indirecto, aparte de no ser necesario el acuerdo simulatorio, se produce una incongruencia entre los fines perseguidos y los medios que se emplean. El negocio indirecto se sanciona cuando se da en fraude de ley, y en la simulación se cuestiona la validez del negocio, al margen de que con el consentimiento se intente eludir el cumplimiento de una norma.

C.-El negocio en fraude de ley, -figura también afín a la simulación-, requiere una norma que sea burlada, con carácter imperativo y que sea eludida a través de un negocio jurídico. El concepto de negocio en fraude de ley se basa en la infracción que se produce respecto de la normativa legal, a diferencia de la simulación que se basa en el engaño y la apariencia jurídica<sup>231</sup>.

La sanción o reacción jurídica que se produce frente a uno y otro supuesto es también distinta. En la simulación, el ordenamiento pretende que salga a

---

231.-Como señala ROCA i TRIAS, E. la simulación en muchos casos esconderá un claro supuesto de fraude a la ley . Derecho de Familia. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1.991. Pág.56. Para diferencia de la simulación con otras figuras afines. Vid. CARCABA FERNANDEZ, M.-La simulación en los negocios jurídicos. Ed. Bosch. Barcelona, 1.986. Pág.49 a 60.

la luz, la verdadera realidad jurídica. En el fraude de ley, por el contrario, lo que se intenta es destruir esa realidad jurídica en la que se ha amparado<sup>232</sup>.

Reseñadas las líneas directrices de diversidad entre la figura en estudio, y otros supuestos de irregularidades del negocio jurídico, y para conseguir perfilar un concepto de simulación en el negocio jurídico matrimonial, nos vemos en la necesidad de adentrarnos en la clasificación típica que se realiza para el negocio jurídico en general, (-de la simulación-), y que no es aplicable al negocio jurídico concreto del matrimonio contraído en forma civil.

Así , en el ámbito civil, es pacífica la distinción entre la denominada simulación absoluta y simulación relativa.

La naturaleza de la primera viene dada por una exclusión total del negocio aparentemente utilizado. En la simulación parcial o relativa, se realiza un negocio jurídico concreto bajo la apariencia de otro que en realidad es inexistente y no querido.

---

232.-DE CASTRO Y BRAVO, Federico.-Derecho Civil de España. Parte General I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1.955. Pág. 605-610. .ARECHEDERRA, L.-La simulación.... Op.cit. Pág. 200-201



Dicha clasificación, dentro de la simulación del matrimonio, es inadmisibile, porque jurídicamente no podemos hablar en ningún supuesto de simulación parcial o relativa. El matrimonio en sí mismo, como negocio jurídico, no da lugar a la realización de ningún otro negocio jurídico que las partes pretendieran y fuera el realmente querido<sup>233</sup>.

Contrariamente a lo expuesto en el matrimonio civil, sí se reconoce la doble clasificación en el matrimonio canónico, por tener éste, fines y propiedades esenciales<sup>234</sup>, que las partes en el momento de la celebración pueden excluir en su fuero interno, y en virtud del pacto simulatorio que han realizado.

La doctrina canónica designa con el nombre de simulación el acto de voluntad por el cual, pese a la aparente manifestación correcta del consentimiento matrimonial, se excluye o bien al matrimonio en sí (simulación total animus non contrahendi) o aquellos

---

233.-En igual sentido ARECHEDERRA, Luis.-La simulación en el matrimonio civil. Op.cit. Pág.212 niega la simulación relativa respecto del matrimonio civil por no existir un negocio que ofrezca simetría estructural como para permitir que la apariencia matrimonial lo encubra. También el mismo autor en El Consentimiento Matrimonial. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1.989. Pág.60. GETE, ALONSO.-Comentario del C.c. Op.cit. Pág.325. LUNA.-Derecho de Familia. Op.cit. Pág.163. nota 12.

234.-Las propiedades esenciales se describen en el canón.1.056: "La unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento".