

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

resultó vacilante y contradictoria, aunque poco a poco fue abriendo camino a la admisibilidad de la simulación en el matrimonio civil. Los supuestos de hecho que se planteaban iban básicamente referidos a la adquisición de la nacionalidad de la mujer extranjera que contraía matrimonio con un italiano (art.10,2,de 13 de junio de 1.912, nº 555). Y en este sentido, cabe destacar, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Génova (29 de mayo de 1.946), Sentencia del Tribunal de Mondovi (13 de julio de 1.949), Sentencia del Tribunal de Florencia (17 de abril de 1.950), Sentencia del Tribunal de Mondova (5 de mayo de 1.955), Sentencia del Tribunal de Milán (4 de abril de 1.957)²⁸⁹.

A pesar de esta evolución jurisprudencial, la doctrina intenta argumentar estas resoluciones buscando vías diferentes de la simulación, tales como "estado de peligro", "negocio fiduciario", etc..²⁹⁰.

Sentencias más recientes, dan un tratamiento paralelo a la condición²⁹¹ y a la simulación. Así las

289.-CARRION,S.-En torno a la simulación..Op.cit.Pág.52 y ss.El autor realiza una amplia y detallada evolución jurisprudencial de la relevancia de la simulación en el ordenamiento jurídico italiano.

290.-GARCÍA CANTERO,G.-La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas.Op.cit.Pág.820 y s.s.También analiza la evolución jurisprudencial en el ordenamiento jurídico italiano.

291.-El art. 108 del código civil italiano dispone :*"La dichiarazione degli sposi di prendersi risettivamente in marito*

sentencias de la Corte Suprema de 12 de junio de 1.952 y de 26 de mayo de 1.964²⁹². Por este tratamiento similar, la simulación se considera como una condición al consentimiento y se tiene por no puesta; en consecuencia el matrimonio se considera válido²⁹³.

No obstante la solución jurídica adoptada, la doctrina reconoce supuestos claros de matrimonios simulados, -con la finalidad de adquirir la nacionalidad-, o como el matrimonio celebrado prioritariamente en la Italia Meridional, con una doble función. El matrimonio civil sirve como promesa firme de matrimonio, porque se considera que el verdadero será el canónico, y también asegura a la esposa la pensión de viudedad para el supuesto de fallecimiento del marido cuando éste debía realizar el servicio militar²⁹⁴.

e in moglie non può essere sottoposta né a termine né a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Se ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno fer non apposti".

292.-VILLA ROBLEDO, M.J.-El matrimonio condicional. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.984, Pág.110 y s.s.

293.-Igual solución, en cuanto a la condición y término, que nuestra legislación. Vid. art.45-2º C.c..

294.-En este sentido FINOCCHIARO.-"Voz Consentimiento matrimonial" en Enciclopedia... Op.cit. Pág.836.

3.6.2.-EL ARTÍCULO 123 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

La segunda etapa, respecto a la simulación en el ordenamiento jurídico italiano, es a partir de la Ley de Reforma matrimonial de 1.975. El artículo 18 de la Ley de 19 de mayo del citado año, pasó a configurar el vigente art.123 del Código civil italiano, anteriormente dedicado a la invalidez del matrimonio por impotencia.

La rúbrica del artículo trata de la "Simulazione" y su contenido es el siguiente:

"Il matrimonio può esser impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti.

L'azione non può esser proposta decorso un anno della celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima"295.

295.-El texto del art.123 aprobado en la Camara era del tenor siguiente:"*Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando è stato contratto in base ad un accordo fra gli stessi, diretto ad escluderne gli effetti ed esclusivamente come mezzo per il raggiungimento di altri effetti del tutto estranei al matrimonio stesso*".En el Senado se presentó una enmienda que pretendía atribuir relevancia a la simulación en supuestos limitados como motivos graves, por valores sociales o morales y por causa de necesidad. Si el texto aprobado definitivamente hubiera sido el de la Camara, se afirma que habría representado la exclusión de la simulación y elevar el supuesto recogido a la categoría de negocio indirecto.En este sentido DATTILO,Giovanni.-"*Il Fenomeno simulatorio nel matrimonio*" en Diritto di famiglia.(Racolta di scritti di colleghi della

El artículo, lejos de solucionar el problema suscitado en sede doctrinal y jurisprudencial, ocasiona graves problemas interpretativos y, es objeto de un nuevo debate doctrinal.

El presupuesto de hecho recogido en el párrafo primero del artículo 123, contempla la posibilidad de impugnar el matrimonio cuando éste se ha contraído con el acuerdo, entre las partes, de no asumir las obligaciones y no ejercitar los derechos propios del matrimonio.

El acuerdo o pacto tiene por objeto la no asunción del contenido del vínculo jurídico-matrimonial. El art.143 del Código civil italiano, parece ser al que se remite el art.123. ya que el primero contempla estos derechos -deberes propios de la unión matrimonial-. La norma, bajo la rúbrica "Diritti e doveri reciproci dei coniugi" y dentro del Capítulo IV, Título VI, libro I del C.c. que trata "Dei Diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio", dispone:"con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla

legislativo del Art.123 en PEREGO, Enrico.-La Simulazione nel matrimonio civile.Op.cit.Pág.25 y s.s.

collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

También se desprende del primer apartado del art.123, que el legislador no ha recogido la "causa simulandi" y en consecuencia, ésta quedará en el ámbito de los motivos jurídicamente irrelevantes.

En relación a los problemas interpretativos que surgen de la norma y, puestos de relieve por la doctrina, cabe destacar la distinción que realiza el artículo entre "coniugi" y "sposi" que conduce a pensar que el acuerdo simulatorio debe preceder a la celebración del matrimonio. En cuanto a las obligaciones y derechos, se refiere a la totalidad de ellos²⁹⁶.

El texto no da una definición de simulación explícitamente, pero cabe interpretar que el legislador concibe la simulación como el acuerdo de

296.-En este sentido IRTI, Natalino.-"Simulazione o annullabilità del matrimonio civile. Note sulla tecnica delle definizioni legislative." In termini Romana. Dir. Guir. 1.976. Riviste Notariale, 1.976. Pág. 481. FINOCCHIARO, F.-Appunti sulla simulazione.. Op.cit. Pág. 102.

no ejercitar los derechos y deberes que nacen del matrimonio²⁹⁷.

El párrafo segundo del art.123, prevé la limitación del ejercicio de la acción por un período de un año, desde la celebración del matrimonio, excepto que los cónyuges hubieran convivido con posterioridad a la celebración. El mencionado párrafo ha sido también objeto de viva polémica doctrinal.

Es el propio legislador quien contempla la convalidación del matrimonio por el transcurso de un año, sin impugnación. Puede interpretarse como una presunción "iuris et de iure" del ordenamiento, de que los cónyuges desean asumir el contenido del vínculo matrimonial. Al no haber ejercitado la oportuna acción, el legislador presume un consentimiento tácito, contrario al que resulta en su momento del acuerdo simulatorio.

La otra posibilidad prevista de convalidación es la convivencia de los cónyuges con posterioridad a la celebración.

En la doctrina española ARECHEDERRA, critica el párrafo segundo, argumentando que la incompatibilidad

297.-También se define la simulación del matrimonio como una figura binaria "che risulta dalla sintesi del matrimonio e dell'acordo con cui gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discenderiti". IRTI, N.-"Simulazione o annullabilità..." Op.cit. Pág.482.

entre convivencia y simulación es arriesgada, ya que puede establecerse un domicilio común y llevar vidas separadas²⁹⁸.

Indudablemente, puede darse la hipótesis descrita por el autor, y prevista también en el Código civil español (Vid. art.87.C.c.) de compatibilizar el cese efectivo de la convivencia conyugal con un domicilio común.

Sin embargo, la convivencia a la que se refiere el párrafo 2º del art.123, no se identifica con un domicilio común de los cónyuges, sino con una convivencia efectiva y real, que necesariamente conllevará la asunción de los derechos y deberes previstos en el art.143 del Código civil italiano.

La brevedad en la acción, parece ser una exigencia práctica para evitar una fraudulenta predisposición de la prueba del acuerdo simulatorio de un matrimonio que esté válidamente constituido y, limita la incertidumbre jurídica respecto al mismo²⁹⁹.

298.-ARECHEDERRA, L.-La Simulación en el matrimonio civil Op.cit. Pág.213.

299.-FINOCCHIARO afirma en relación a los dos supuestos contemplados en el párrafo segundo del art. 123 que "E un falso problema quello di vedere se l'art. 123 . cod.Civ disponga una decadenza dell'azione di annullamento o una sanatoria del matrimonio celebrato in presenza dell'accordo di cui al primo comma dello stesso articolo. Invero, la disposizione de qua, da un canto, sotto il profilo processuale, commina la decadenza dall'azione ove il matrimonio non sia impugnato entro un anno

La convalidación del matrimonio simulado, no parece, en principio, congruente con algunos artículos del Código civil italiano. Cabe hacer referencia al art.1.414 que trata de la simulación en los negocios jurídicos patrimoniales y declara la total ineficacia de los mismos, a diferencia del artículo que es objeto del presente comentario³⁰⁰.

Y lo mismo resulta con el art.108, ya mencionado, que no otorga relevancia jurídica a la condición y al término en el consentimiento matrimonial. Por último, hacer referencia al artículo 160, que declara

dalla celebrazione:d'altro canto, sotto il profilo sostanziale, in mancanza della tempestiva proposizione della domanda giudiziale, opera la sanatoria nel negozio invalido".en Appunti sulla simulazione.Op.cit.Pág.143.nota.2. Nosotros mantenemos una opinión contraria a la convalidación del matrimonio simulado por el solo transcurso del tiempo.

300.-La doctrina destaca la inaplicabilidad del art.1.414 del C.c. italiano al matrimonio simulado y afirma en este sentido:"..simulazione del contratto e simulazione del matrimonio sono due realtà ben distinte.Lo si desume già dalla diversa natura dell'atto, che suggerisce di valorizzare le più volte ricordate esigenze di assicurare certezza e stabilità al rapporto matrimoniale sottoponendo l'azione a brevi termini di prescrizione e decadenza.Lo si desume, ancor prima, dal fatto che nella disciplina positiva, mentre il contratto simulato non produce alcun effetto tra le parti, il matrimonio simulato produce i suoi effetti, salva la possibilità di rimuoverli con l'azione di annullamento.In altri termini, l'accordo simulatorio non è diretto ad escludere il matrimonio, che è effettivamente voluto (così come sono voluti alcuni effetti- ad esempio mutamento della cittadinanza della moglie- che conseguono all'acquisto dello stato coniugale), ma piuttosto ad escludere l'adempimento dei reciproci diritti e doveri piuttosto ad escludere l'adempimento dei reciproci diritti e doveri.Di qui la non applicabilità degli art.1414 ss. c.c. ed in particolare dell'art. 1417 relativo ai limiti della prova testimoniale.GIURISPRUDENZA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA.(Casi e materiali a cura di MARIO BESSONE,raccolti da MASSIMO DOGLIOTTI e GILDA FERRANDO..I.Matrimonio,separazione,divorzio.Quarta edizione.Ed.Dott.A.Giuffrè Editore.Milano, 1.991.Pág.57.

inderrogables los derechos y deberes que nacen del matrimonio y que entra en directa contraposición con el art. 123.

La doctrina italiana señala asimismo, la posible inconstitucionalidad de la convalidación del matrimonio, por el transcurso de un año, contado a partir de la celebración del matrimonio³⁰¹.

En este punto se cuestiona la constitucionalidad, ya que lo lógico y coherente, (-con los casos de convalidación de matrimonio-), es que el cómputo del tiempo empezará a transcurrir a partir del momento de

301.-En la sentencia App.Firenze, 22 Agosto 1.988, se pone de manifiesto la imposibilidad de solicitar la nulidad del matrimonio por simulación, al haber transcurrido el plazo de un año desde la celebración del mismo. Este, se había celebrado con la única finalidad de hacer adquirir a la mujer, de nacionalidad polaca, la nacionalidad italiana. Los cónyuges no habían convivido en ningún momento, ni habían consumado el matrimonio. La aparente esposa vivía con un compañero y el aparente marido, tras el acto de celebración, continuó viviendo con su familia. Alternativamente, el juez disolvió el vínculo matrimonial basado en la no consumación del matrimonio. La doctrina afirmó al respecto: "...L'azione di simulazione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio oppure se, successivamente al matrimonio, vi sia stata "convivenza come coiugi". Diversamente da quanto disposto altrove (artt. 117-122 c.c.), qui non è prescritta la durata della convivenza. È lasciata perciò al giudice una valutazione, in certa misura discrezionale, delle circostanze in relazione alle quali può dirsi esclusa la convivenza. La mancata consumazione del matrimonio rientra tra queste: in tal caso si verifica la possibile coesistenza tra azione di simulazione e azione di scioglimento del matrimonio ex art. 3, lett. f), legge n. 898 del 1970. Le due normative, infatti, "configurano rimedi giurisdizionali basati su presupposti e con effetti giuridici diversi, destinati ad autonome applicazioni, che possono anche concorrere nel caso concreto dell'inconsumazione preordinata". In tal caso, ove siano scaduti i termini previsti dall'art. 123 c.c., resta aperta la strada della pronuncia di divorzio ex art. 3, lett. f) legge n. 898 del 1970. GIURISPRUDENZA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA. Op. cit. Pág. 66.

la cohabitación, pudiendo así presumir un verdadero consentimiento matrimonial en cuanto a la asunción del contenido del vínculo³⁰².

3.6.3.-POSICIONES DOCTRINALES.

Al inicio del análisis de la simulación en el matrimonio civil y, en el contexto del ordenamiento jurídico italiano, señalabamos el debate doctrinal iniciado con la aplicación de los Acuerdos de Letrán.

El mencionado debate no finalizó con la entrada en vigor del nuevo art. 123 del Código civil. Si con anterioridad un amplio sector doctrinal no admitía la relevancia de la simulación, a partir de la reforma se abre un gran debate doctrinal, donde las diferentes posturas van albergando nociones dispares respecto a la verdadera naturaleza jurídica del supuesto previsto en el art.123, con total

302.-FINOCCHIARO,F.-"l'ipotesi di annullabilità prevista dall'art. 123 C.c....dà luogo a un serio problema di legittimità costituzionale...irrazionalmente, il legislatore ha previsto che il termine di decadenza prenda a decorrere non da un fatto, come la coabitazione, da cui è logico dedurre il sopravvenire di una volontà delle parti diretta a rendere effettiva la comunanza spirituale e materiale...La disparità di trattamento tra la sanatoria di altri casi di annullabilità nel matrimonio (art.119,120 e 122 C.c.) e quella prevista dall'art. 123 comma 2 C.c. non è giustificata da alcuna valida ragione, si riflette sul trattamento giuridico delle persone e ,perciò importa il contrasto di tale norma con quelle dettate dagli art.3.24 e 29 della Costituzione".Matrimonio Civile..Op.cit.Pág.71 y 72.El mismo autor en Appunti sulla simulazione nel matrimonio...Op.cit.Pág.144-145.

independencia del calificativo dado por el legislador italiano³⁰³.

Entre la diversidad de criterios, cabe destacar el defendido por IRTI que califica de erróneo el título del art.123 y señala que, el mismo, regula una hipótesis de anulabilidad de matrimonio, resaltando que la intención del legislador ha sido la de no extender al matrimonio la disciplina general y propia de la simulación, prevista en el art.1.414 del Código civil³⁰⁴. En igual sentido, PEREGO lo considera una causa de anulabilidad del matrimonio³⁰⁵ y, VERCELLI describe la figura como una disciplina "sui generis"³⁰⁶.

303.-vid . por todos Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Pietro PERCINGIERI.Libro Primo. Utet. 1.980.art.123.Págs.447 y ss.Commentario Breve al Codice Civile. coordinados por Giorgio CIAN y Alberto TRABUCCHI, II edizione Padova.Cedam.Casa Editrice Dott.Antonio Milani, 1.984. Art.123. Pág.156 y s.s.

304.-"...il contrato simulator è un contratto inefficace e questa inefficacia deve pertanto considerarsi una nota fisionomica e necessaria della figura.Se il contrtto produce effeti, saremo al di fuori della simulazione; e l'uso del vocabolo risulterà erroneo..il fenomeno descritto e disciplinato nell'a. 123 non riconducibile nella categoria dei contratti simulati,potrebbe costituire o una singolare figura di "simulazione del matrimonio",diversa dal"matrimonio simulato" o un'ipotesi di "matrimonio annullabile".IRTI,Natalio.-Simulazione o annullabilità del matrimonio civile.Op.cit.Págs.483 y s.s.

305.-PEREGO,Enrico.-La simulazione nel matrimonio civile. Milano. Dott.A.Ginuffrè Editore, 1.980.Pág.60 y ss. El autor dedica un capítulo a la naturaleza jurídica de la invalidez prevista en el art. 123 ,recopilando ampliamente las posturas doctrinales.Pág.25 y ss.

306.-VERCELLI,otello.-Il Matrimonio simulato nel nuovo Diritto di Famiglia.Stato Civile.Parte I. 1.979.Pág.141.

FINOCCHIARO, por su parte, niega que el art. 123 regule un supuesto de simulación absoluta del matrimonio y lo configura como "nueva hipótesis de anulabilidad del matrimonio"³⁰⁷.

Frente a la primera postura descrita, que no da un calificativo concreto al supuesto del art. 123, hay un amplio sector que lo reconduce a otras categorías jurídicas diferentes de la simulación tales como "negocio fiduciario" (TRIMARCHI), "negocio indirecto" (PIETROBON) e, inclusive se configura como una hipótesis de "abuso de derecho" (COSTANZA)³⁰⁸.

TRABUCCHI, argumenta la brevedad del término previsto en el párrafo segundo del art. 123 y afirma que no parece tratarse de un verdadero supuesto de simulación³⁰⁹, sin adentrarse, partiendo de esta afirmación, en el conflicto doctrinal.

Por último, hacer referencia al sector doctrinal italiano que considera acorde el calificativo del legislador de la Reforma de 1.975, con el supuesto de hecho recogido en la norma y, en este sentido, admiten la simulación del matrimonio prevista en el

307.-FINOCCHIARO, F.-Matrimonio civile....Op.cit.Pág.71 y ss.

308.-Codice Civile Annotato.Op.cit.Pág.447 y ss. y Commentario breve al Codice civil.Op.cit.Pág.156 y ss.

309.-TRABUCCHI, Alberto.-Instituciones de Derecho civil. Ed.Revista de Derecho Privado.Traducción de la decimoquinta edición italiana con notas y concordancias al Dererecho español por Luis MARTÍNEZ CALCERRADA.Madrid, 1.976.Pág.271.

art. 123. En esta línea, se encuentran: TAMBURRINO, SANTOSUOSSO, MILAN, PUCCINI³¹⁰, CORSINI³¹¹ y DATTILO³¹².

Dentro del supuesto contemplado en el art.123, la jurisprudencia ha tenido una actitud vacilante e indecisa para incluir, junto a la simulación absoluta del matrimonio, otra hipótesis de ausencia de consentimiento: el matrimonio contraído "ludendi causa".

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Milán de 24 de octubre de 1.974, asimila los dos supuestos, -simulación y declaración "ludendi causa"- , al entender que en los mismos existe un punto común de referencia: falta absoluta de consentimiento de las partes³¹³.

310.-Citados en FINOCCHIARO,F.-Matrimonio Civile.. Op.cit. Pág.70. Nota. 102.

311.-CORSINI,Marco.-La Simulazione del Matrimonio Civile e la Problematica del Nuovo art. 123 C.c.Studio di Doctrina.Nuovo Diritto. 1.979.Pág.5.

312.-DATTILO,Giovani.-Il fenomeno simulatorio nel matrimonio... Op.cit. Pág.95 y ss.

.313.-En este sentido CARRION,S. que incluye también, dentro del ámbito de aplicación el "Mariage à effets limités" (-tratado en la referencia a la doctrina francesa-). El autor respecto al matrimonio "ludendi causa" admite que se trata de "un supuesto extraño más propio de la elaboración doctrinal que de la realidad jurídica" y aporta una referencia doctrinal, interesante de destacar precisamente, por su infrecuencia en la jurisprudencia.Se trata de la Sta.del Tribunal de milán de 24 de octubre de 1.974.El supuesto planteado en la sentencia era el de un matrimonio contraído en Gran Bretaña por una pareja italiana, posteriormente incrito en Italia y respecto del que poco tiempo después de su celebración, se presenta demanda por parte del