

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

propios actos, aunque haya que desmentirlos y contradecirlos"<sup>345</sup>.

Es incuestionable que a los cónyuges, -a tenor el artículo-, se les conceda el ejercicio de la acción. No debemos olvidar que son ellos quienes han celebrado el matrimonio y, previamente han realizado el acuerdo o pacto simulatorio. En última instancia son los únicos que pueden demostrar, mediante prueba testifical y actos concluyentes, que han emitido la declaración, ante el juez competente o persona autorizada con ausencia de consentimiento matrimonial al no asumir el vínculo jurídico establecido<sup>346</sup>.

El Ministerio Público, siempre atendiendo al art.74, también está legitimado para el ejercicio de la acción, y ello es así por ser considerada, en general, la nulidad del matrimonio como una acción de estado<sup>347</sup>.

---

345.-CANO MARTINEZ DE VELASCO.-La exteriorización de los actos jurídicos.Op.cit.Pág.100.

346.-Los ordenamientos que regulan de forma expresa la simulación legitiman en igual sentido a los celebrantes del matrimonio: el código civil portugués en su art. 1.640 reformado por Decfeto-Ley nº 496/77 de 25 de noviembre .El código civil italiano considera que los únicos legitimados para el ejercicio de la acción son los propios cónyuges.Art.123 C.c..

347.-En idéntico sentido lo contemplaba el proyectado artículo 77, con la finalidad de evitar el fraude a un interés público.La citada norma jurídica, que fué excluida en el iter parlamentario, había adoptado una solución opuesta a los ordenamientos citados en la nota anterior, ya que la legitimación del Ministerio Fiscal no esta regulada en el código civil portugués ni en el código civil italiano..

El problema puede surgir en relación a los terceros que tengan un "interés directo y legítimo" en la nulidad del matrimonio<sup>348</sup>.

GETE-ALONSO señala que las dos características con respecto al tercero para impugnar el matrimonio, (-el interés directo y legítimo-), han de concurrir coetáneamente 349.

La autora, concibe los calificativos dados al "interés", en el siguiente sentido: el "interés directo" se producirá cuando existe una dependencia, una interrelación entre la existencia jurídica del matrimonio y un derecho, este último interpretado en un sentido amplio. Por otra parte el "interés legítimo" estará fundado en la apreciación de las circunstancias que concurran al caso concreto y que quedarán a la apreciación del juez<sup>350</sup>.

---

348.-Igualmente, el ordenamiento jurídico portugués legitima a "cualquier persona perjudicada por el matrimonio". (Vid.art.1.640.C.c.Portugués).No así el art.123 del Código civil italiano , ni el proyectado art.77 de reforma del c.c.

349.-GETE-ALONSO, M.ª Carmen. -Comentarios a las Reformas... Op.cit.Pág. 392,393.Sin demasiadas exigencias, parece aceptar la legitimación de terceras personas.CANO MARTINEZ DE VELASCO, -La Exteriorización de los actos jurídicos..Op.cit.,al afirmar que están legitimados todos los que, en sus intereses resulten directamente afectados por su celebración (hereceros de los cónyuges, legatarios, acreedores), ya que buscan obtener una ventaja patrimonial y de paso ayudan al Estado a resolver una cuestión de orden público:la veracidad del matrimonio.Pág.191.

350.-CARCABA FERNANDEZ, M., señala las notas características que ha de revestir la legitimación del tercero en la acción de nulidad de un negocio jurídico por simulación.Éstos se resumen en tres:el tercero ha de ser titular de un derecho subjetivo y presente.Ha de concurrir igualmente que el mantenimiento del

A nuestro juicio, la legitimación de terceras personas para impugnar el matrimonio con fundamento en la simulación del mismo, debería admitirse en supuestos determinados y siguiendo un criterio restrictivo en cuanto a su admisibilidad, teniendo que demostrar sobradamente al juez el interés que tienen en la declaración de nulidad del matrimonio cuestionado, y sin olvidar, en ningún caso, que el art.74 del C.c. no da un contenido específico a éste interés; y en este sentido la doctrina afirma que podrá ser de cualquier índole: personal, moral o patrimonial<sup>351</sup>.

El profesor DÍEZ PICAZO, también parece interpretar, con cierta cautela, la intervención de terceras personas y entiende, que el interés mencionado en el art. 74 debe ser "considerado como una situación jurídica que puede recibir un tratamiento jurídico u otro, por el hecho de que el matrimonio impugnado sea válido o nulo"<sup>352</sup>.

Comentando la regla general del artículo en cuestión, la doctrina piensa que no parece existir inconveniente, en que la acción se ejercite no solo

---

negocio cause un daño cierto o por lo menos amenace gravemente los derechos del tercero y finalmente es necesario que la acción se funde en un derecho presente y no en una mera expectativa de Derecho. La Simulación en los Negocios Jurídicos. Op.cit. Pág.102.

351.-GETE-ALONSO.-Comentarios a las reformas... Op.cit. Pág.392.

352.-DÍEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS.-Sistemas... Op.cit. Pág.144.

mientras los cónyuges viven, sino también después de su muerte<sup>353</sup>.

Entendemos, y en el tema concreto del matrimonio simulado que puede resultar hasta cierto punto incoherente permitir a terceras personas, que con posterioridad al fallecimiento de los cónyuges ( en que ya se ha producido la disolución del vínculo) pueda impugnarse la validez del matrimonio, ante la ausencia de los principales testigos, sobre la prestación correcta o no del consentimiento. En todo caso, y aún demostrando su interés legítimo en la impugnación, debería demostrarse fehacientemente que los "aparentes" cónyuges, no habían convivido en ningún momento tras la celebración, porque en caso contrario (supuesto de existir convivencia), hubiera podido convalidarse el matrimonio. Difícilmente puede demostrarse si las personas que lo han convalidado con la convivencia conyugal no pueden prestar testimonio por estar fallecidos.

Otra cuestión que merece ser tratada con más detalle, y que también plantea el art.74, es la relativa al plazo o período de impugnación de la acción de simulación. La norma no determina plazo y, en consecuencia, se afirma que es imprescriptible, adecuándose en este punto a una de las

---

353.-DÍEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS.-Sistemas... Op.cit. Pág.144  
GETE-ALONSO.-Comentarios a las reformas..Op.cit.Pág.393.

características propias de la nulidad en los negocios jurídicos.

Sin embargo, y a pesar de considerar la acción de nulidad del matrimonio civil por simulación imprescriptible, no significa, que no pueda predicarse de la misma, la posibilidad de convalidación.

La imprescriptibilidad comporta, que la legitimación de las personas previstas en el art. 74, puedan ejercitar la acción en cualquier tiempo sin ninguna clase de limitación.

La convalidación conlleva, que con independencia del tiempo de ejercicio de la acción, acaecido un determinado hecho, el juez deniegue la nulidad del matrimonio por simulación y considere el matrimonio válido<sup>354</sup>. Y el único hecho que puede determinar la convalidación del matrimonio es la convivencia conyugal que conlleva asumir los derechos y deberes

---

354.-La imprescriptibilidad de la acción y la convalidación del matrimonio venía prevista en el art. 77 del proyecto, al no fijar plazo para el ejercicio de la acción por una parte y, de otra contemplada la convalidación "si los cónyuges hubiesen vivido juntos durante más de seis meses", en cuyo supuesto carecían de acción los propios cónyuges y el Ministerio Fiscal. Solución diferentes adoptan el C.c. portugués al predeterminar el plazo de tres años desde la celebración del matrimonio para que los cónyuges puedan ejercitar la acción y, el plazo de seis meses desde el conocimiento de la celebración del matrimonio para los terceros perjudicados por el mismo ( Art. 1.644 C.c. portugués). Y el C.c. italiano en su art. 123 concede un año desde la celebración, excepto en el caso de convivencia como cónyuges tras la celebración.

del matrimonio y, que comporta la revocación del pacto o acuerdo simulatorio<sup>355</sup>.

Nos resta, para finalizar el análisis de la acción de nulidad por simulación, subrayar dos artículos del Código civil, previstos en general para la nulidad del matrimonio, que no tienen aplicabilidad cuando la causa en que se fundamenta la nulidad del es la simulación. Nos referimos a las normas contenidas en los artículos 79 y 98 del Código civil.

El art. 79, consagra el denominado "matrimonio putativo" en nuestro ordenamiento y dispone:

"La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume".

En el contexto del artículo, la buena fe consiste en la ignorancia de la causa determinante de la nulidad matrimonial<sup>356</sup>. Si se declara la nulidad del matrimonio por simulación, se da el hecho objetivo y probado en la misma sentencia declarativa, que ninguno de los dos contrayentes actuó de buena fe, al tener los dos conocimiento de la causa de nulidad

---

355.-La convalidación será objeto de análisis dentro del tercer título del presente trabajo.

356.-DÍEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS.-sistemas....Op.cit.Pág.150

matrimonial por el hecho de suscribir el pacto o acuerdo simulatorio<sup>357</sup>. La presunción "IURIS TANTUM" que realiza el art. 79 in fine, es atacada por la propia sentencia declarativa de la nulidad por simulación. Entendemos que no será necesario alegar la mala fe de los contrayentes ni probarla con hechos diferentes de los que tiendan a demostrar la existencia del pacto simulatorio.

El otro artículo referido, el 98, es del tenor siguiente:

"El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97".

Como hemos mencionado con respecto al comentario del art. 79, no hay buena fe de los aparentes cónyuges y abundando en su inaplicabilidad, difícilmente se habrá dado convivencia conyugal, porque si así fuera podríamos estar en presencia de la convalidación del matrimonio, que el juez, en su caso, debiera tener en cuenta.

---

357.-En este sentido interpretamos la mala fe en relación a esta causa de nulidad. El pacto o acuerdo simulatorio, como ya señalábamos, entraña mala fe de las partes, (al ir a celebrar un matrimonio nulo) y el propósito de engaño en cuanto a crear una apariencia jurídica frente a terceros. Para la existencia de la mala fe y el engaño, no se requiere la intencionalidad de perjudicar intereses legítimos de terceras personas, o de realizar un acto en fraude a la ley, aunque puedan darse las dos características en supuestos de simulación matrimonial.

### 3.8.-INCIDENCIA DE LA RESERVA MENTAL EN EL NEGOCIO JURÍDICO MATRIMONIAL.

La reserva mental, como supuesto de divergencia consciente entre la voluntad declarada de realización del negocio y, la voluntad real de no asumir los efectos del mismo, carece de relevancia para la validez del negocio jurídico patrimonial.

Las argumentaciones que aporta la doctrina se resumen básicamente en la buena fe de la otra parte contratante, del destinatario de la declaración, que no tiene motivos para pensar que ésta no coincide con la voluntad interna y por lo tanto, confía en la misma. También se alude al principio de responsabilidad de la parte que realiza la declaración bajo reserva mental. Esa responsabilidad le llevará a sufrir las consecuencias de la declaración que ha emitido. El principio de buena fe que ha de presidir todas las relaciones jurídicas y la seguridad y certeza en la existencia de dichas relaciones hace, que se dé absoluta preferencia a la voluntad declarada sobre la voluntad real, que queda en el fuero interno de la persona" en razón a que el derecho no tiene medios de comprobar la falta de consentimiento"<sup>358</sup>. Esta es la aplicación de los principios generales de la reserva mental al negocio

---

<sup>358</sup>.--GARCIA CANTERO, G.-El vínculo del matrimonio civil.  
Op.cit. Pág.176.



jurídico patrimonial. Nuestro interés, en el presente epígrafe, se centra en determinar la relevancia de la reserva mental, como un supuesto claro de ausencia de consentimiento en el matrimonio.

### 3.8.1.-CONCEPTO.

El concepto de reserva mental en el negocio jurídico matrimonial, es prácticamente unánime en la doctrina y no difiera, en gran medida, del que se da para el negocio jurídico en general.

En relación a éste último, el profesor DE CASTRO afirma que la reserva mental se produce en "el hecho de que la declaración negocial sea realizada voluntariamente, pero con una voluntad que se oculta (reservada) contraria a lo declarado"<sup>359</sup>.

Trasladada, (-la reserva mental-), al ámbito del matrimonio se conceptua en la declaración voluntariamente emitida pero "reservandose unilateralmente los efectos del matrimonio"<sup>360</sup> o "pretendiendo excluir los efectos jurídicos del matrimonio"<sup>361</sup>.

Efectivamente, la parte que emite su declaración bajo reserva mental en el acto de celebración,

---

<sup>359</sup>.--DE CASTRO Y BRAVO, F.--El negocio jurídico.Op.cit.Pág.96

<sup>360</sup>.--GETE-ALONSO.--Comentario del Código Civil...Op.cit.Pág.326.

<sup>361</sup>.--ROCA I TRIAS.--Derecho de Familia.Op.cit.Pág.57.

declara querer contraer matrimonio, cuando en realidad excluye en su fuero interno, la asunción del vínculo matrimonial, es decir la totalidad de los derechos y deberes.

Es importante resaltar que, el declarante ha de excluir la totalidad de los derechos y deberes y, en consecuencia, no asume el vínculo. En el supuesto que, en la voluntad interna, se reservara alguno de estos derechos-deberes, pero no su totalidad, a nuestro juicio, no estaríamos ante un consentimiento prestado bajo reserva mental, sino ante un consentimiento sometido a condición, y en aplicación del párrafo 2º del art.45 del C.c., ésta se tendría por no puesta y el matrimonio como válido; se consideraría el consentimiento puro.

El vínculo matrimonial nace por la prestación recíproca del consentimiento matrimonial entre dos personas con capacidad suficiente.

En la simulación, es incuestionable que existe una apariencia de matrimonio, ante la ausencia del consentimiento matrimonial de los dos partes. El vínculo no surge en realidad, porque las partes no lo han asumido en su fuero interno, en virtud del pacto o acuerdo simulatorio.

Estas dos premisas -el nacimiento del vínculo y la apariencia del mismo en la simulación- nos sugieren, en tema de la reserva mental, plantear que

el vínculo jurídico tampoco nace cuando una de las partes ha declarado bajo reserva querer contraer matrimonio. Única y exclusivamente se ha prestado un verdadero consentimiento matrimonial, (-la parte que ha declarado sin reserva)-, solo una voluntad de asumir el vínculo. Pero ¿con quién?. El vínculo, en el matrimonio es entre dos personas. Si sólo una de ellas desea contraerlo, apreciamos claras dificultades para que éste surja a la realidad jurídica. La principal dificultad, está en la ausencia del consentimiento recíproco. El contrayente que declara querer contraer matrimonio y la declaración coincide con su querer interno, pretende asumir unos derechos y deberes que, en la realidad, ni podrá ejercitar ni exigir frente a nadie, ya que la otra parte, la que ha declarado bajo reserva, ni asume los deberes ni el ejercicio de los derechos.

Todo ello, nos conduce a la afirmación que al igual que en la simulación, también existe apariencia de matrimonio en la reserva mental, por la ausencia de la prestación recíproca del consentimiento matrimonial.

### 3.8.2.-POSICIONES DOCTRINALES.

Hemos adelantado ya, nuestra posición respecto a la reserva mental. En este sentido entendemos que tiene plena y total relevancia en el matrimonio; sin embargo, la doctrina no es pacífica en el tema. Y

existen al respecto, dos tendencias divergentes y opuestas en cuanto a la relevancia o por el contrario, inadmisibilidad, de la reserva mental en el matrimonio.

La corriente doctrinal opuesta a tal relevancia aduce como razón fundamental que no cabe dar entrada a las causas de nulidad que supongan dejar al arbitrio de una de las partes, el mantenimiento y la certeza del vínculo matrimonial<sup>362</sup> o, en base a la buena fe del otro contrayente<sup>363</sup>, a pesar de reconocer expresamente que excluye la voluntad

---

362.-GETE ALONSO.-1..Comentario al Código Civil. Op.cit.Pág.376...CARRION,S.-En torno a la simulación...Op. cit. Pág.137 ,143 , BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO.-La Famiglia nel nuovo diritto... Op.cit. expresan "la preocupación de que cualquier estado subjetivo o reserva mental de los esposos pudiese ser aceptada como fundamento de una demanda de nulidad de matrimonio, había inducido a la Cámara a rechazar la formulación propuesta para el nuevo art.123...que preveía la posibilidad de impugnar el matrimonio en el caso de que "uno o ambos cónyuges hubieran simulado el consentimiento". En el texto de la nueva ley solamente un acuerdo simulatorio puede ser puesto como fundamento de la impugnación del matrimonio".Pág.52/53.PEÑA BERNALDO DE QUIROS,M.-Derecho de familia. . Op.cit. Pág.59. ENTRENA KLENT, Carlos Maria.-Matrimonio, Separación y Divorcio. ..Op.cit.Pág.382 ENNECERUS,KIPP,WOLFF.-Tratado de Derecho Civil..Op.cit. Pág.144. FERRARA,F.-La Simulación de los Negocios jurídicos. Op.cit.Pág.62.Tampoco le otorga relevancia jurídica REINA Y MARTINELLI.-Propuesta de Reforma..Op.cit.al proponer la redacción del primer párrafo del art.73 en los siguientes términos:"Es nulo cualesquiera que sea la forma de su celebración...1º.-El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial o en que se simule totalmente dicho consentimiento.La condición término o modo con pacto o sin él, y cualquier otro tipo de reserva mental se tendrán por no puestas..."Pág.56.

363.-VALLADARES, Etelvina.-Nulidad, Separación y Divorcio.. Op.cit. Pág.138-139.