

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

del divorcio y en contra de la filosofía que presidía la regulación que fue objeto de la reforma<sup>435</sup> .

Creemos, en definitiva, que sobran comentarios al respecto.

#### 1.5.4. POSICIONES DOCTRINALES

La previsión y regulación de los elementos accidentales al consentimiento matrimonial, al igual que la exigencia, en norma expresa de este consentimiento, constituyen una novedad en nuestra legislación.

Pudiera pensarse "a priori" que a partir de la regulación contenida en el art. 45 del C.c., toda la problemática que representa la adición de la condición, término o modo al matrimonio esta resuelta.

Sin embargo, y a pesar de estar previstos por el legislador, en opinión de VILLA ROBLEDO "puede afirmarse que si la situación respecto al matrimonio condicional era conflictiva antes de la ley de reforma de 7 de julio de 1981, no creo que con la normativa ahora vigente se produzca ningún avance,

---

435.-Hemos de precisar al respecto dos cuestiones distintas: creer en la disolubilidad del matrimonio, como principio consagrado en la ley. (Vid. art. 85 C.c.), siguiendo la normativa establecida (art. 86 C.c.) o por el contrario, pretender que el vínculo matrimonial se extinga, sin otro requisito legal, cuando los cónyuges lo decidan. Esta segunda interpretación es del todo incorrecta e inviable.

puesto que, a mi modo de ver, el problema se centra en que la doctrina determina con precisión cuales son los puntos fundamentales a tener en cuenta cuando el consentimiento matrimonial esté condicionado a un determinado acontecimiento"<sup>436</sup> .

La opinión expuesta, no está falta de razón, efectivamente, la doctrina anterior a la reforma era prácticamente unánime en la no admisibilidad de elementos accidentales añadidos al matrimonio, con alguna excepción<sup>437</sup> ; tras la entrada en vigor de la ley de 1981 no puede afirmarse que el problema esté resuelto.

Bien al contrario, la doctrina realiza diferentes interpretaciones de la expresión: "la condición, término o modo del consentimiento, se tendrá por no puesta" (art. 45-2º C.c.).

Esta diversidad doctrinal es la que se pretende reflejar en el presente epígrafe, resaltando entre ellos, los autores que, a nuestro juicio, más han incidido sobre el problema<sup>438</sup>.

---

436.-VILLA ROBLEDO, Ma José .-El Matrimonio Condicionado... op. cit. pág. 226.

437.-Tesis mantenida por GARCIA CANTERO, G. .-El vínculo del matrimonio...Op.cit. ya reseñada en páginas anteriores.

438.-VILLA ROBLEDO, Ma José -El Matrimonio Condicionado, ARECHEDERRA, Luis en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al ... Op. cit. y El Consentimiento Matrimonial, Op. cit.

Cabe destacar un punto, en el apartado segundo del art. 45, sobre el que existe práctica unanimidad doctrinal y es el referente a la crítica sobre la construcción gramatical que el legislador ha realizado del mencionado párrafo<sup>439</sup>, por que tratándose de los elementos,- condición, término y modo-, la frase finaliza, en singular y género femenino, pudiendo interpretarse de la misma que "se tendrá por no puesta" hace referencia sólo a la condición.

El profesor ALBALADEJO afirma respecto al párrafo 2º del art. 45, que a efectos legales, "el consentimiento matrimonial es siempre puro, y el matrimonio válido, con independencia de la condición, el término y el modo que se haya añadido. En consecuencia, el matrimonio contraído con modo, carga u obligación asumida por uno de los esposos o por ambos, vale pero sin deber de cumplir el "plus concertado" por las partes, es decir sin posibilidad de exigencia jurídica. Con respecto al término, si es inicial, el matrimonio vale ya, y si es final, no cesa por la llegada del día que se fijó. Por último, también "vale incondicionalmente y desde que se

---

439.-Vid. entre otros SALVADOR CODERCH, P.- Comentarios a las reformas del Derecho de familia... Op. cit. pág. 131, VILLA ROBLEDO.- El Matrimonio... Op. cit. pág. 207, PEÑA BERNALDO DE QUIROS.- Da de familia ... Op. cit. pág. 62, ALBALADEJO, Ma.- Curso de Derecho Civil IV... Op. cit. pág. 93.

celebra y sin que se halle amenazado de cesación el matrimonio condicional"<sup>440</sup>.

DIEL PICAZO Y GULLON consideran que el art. 45-2º es una afirmación superflua, contradictoria con la norma general que sobre condición formula el art. 1.116 del C.c. para los negocios jurídicos<sup>441</sup> y en opinión de los autores "hubiera sido preferible no dedicar ninguna regla especial a las limitaciones de la voluntad negocial y dejar que este punto, si alguna vez la cuestión llegara a plantearse, fuera resuelta de acuerdo con los principios generales". Ponen de manifiesto, asimismo, la referencia inexacta al modo ya que "como determinación accesoria del consentimiento solo es posible en los negocios de caracter patrimonial"<sup>442</sup> concluyendo, finalmente, que según el art. 45, el consentimiento no admite modalizaciones y que en ningún caso, puede imponerse

---

440.- ALBALADEJO, M. -Curso de Derecho Civil ... op. cit. pág. 93.

441.-Art. 1.116 *"las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularan la obligación que de ellos dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta"*. Sin embargo al matrimonio, al igual que a las disposiciones mortis causa, se aplica la excepción a esta regla general contenida en el art. 792. "las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrían por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa".

442.-En igual sentido ARECHEDERRA, L. -Matrimonio y Divorcio ... op. cit. pág. 105.

a los contrayentes especiales obligaciones o prestaciones<sup>443</sup>.

Otros autores, califican al párrafo segundo del art. 45 de "buena practica legislativa" por excluir toda posibilidad que afecte la perdurabilidad del vínculo o la eficacia de sus consecuencias<sup>444</sup> y por que se tiene presente, en la misma, el caracter institucional y durable de la unión matrimonial, que resulta incompatible con las autolimitaciones de la voluntad<sup>445</sup>.

Apartandose de las lineas doctrinales expuestas, ALVAREZ-CAPEROCHIPI extrae como consecuencia del párrafo segundo del art. 45, el "caracter ritual-formal del consentimiento en la celebración" al no tenerse en cuenta el carácter intelectual o voluntario del consentimiento y tomarse sólo en consideración la perspectiva individual del contrayente y no la esencialidad y significación de la relación misma.

---

443.-DIEZ PICAZO Y GULLON BALLESTEROS .-Sistema de D<sup>a</sup> Civil ... Op. cit. pág. 92-93, DIEZ PICAZO en El negocio jurídico del Derecho de familia ... Op. cit. fundamenta, por su parte la incondicionalidad del matrimonio; no en el caracter peculiar del negocio purídico en cuestión, sino en su relación con el estado civil ante la imposibilidad de someterlo a la incertidumbre que supondría la adición de algún elemento accidental, pág. 17-19.

444.-VAZQUEZ IRUZUBIETA .-Regimen Jurídico de la celebración y disolución del matrimonio ...Op. cit. pág. 72-73.

445.-ESPIN CANOVAS, D. .-Manual de Derecho Civil ... Op. cit. pág.46.

El autor entiende que la afirmación "se tendrá por no puesta" se explica porque las investigaciones profundas de la voluntad del consentimiento no tienen sentido en un sistema que permite la separación por voluntad unilateral."...El consentimiento no se considera desde la perspectiva de la tutela de la libertad individual, sino desde la perspectiva de la certidumbre del estado civil"<sup>446</sup> .

ARECHEDERRA, delimita la problemática a un único supuesto, el de la condición suspensiva<sup>447</sup> y se inclina por la solución que adopta el Código civil afirmando que "la prestación del consentimiento no es que sea pura, es que es incondicionada"<sup>448</sup> .

VILLA ROBLEDO, admite, al menos en teoría, la posibilidad de consentir condicionalmente, si "el

---

446.-ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A.--Curso de Derecho de familia, Tomo I, ... Op. cit. pág. 121.

447.-El término resolutorio y la condición resolutoria, carece de relevancia, no por la específica regulación de los mismos (art. 45-2º) sino por imperativos de orden general, al determinar el código civil que tanto la separación como el divorcio se producirán en virtud de resolución judicial (Vid. arts. 81 y 89 del C.c. respectivamente). Si las partes ponen un plazo a su matrimonio o someten su duración a una condición, la separación o disolución del vínculo no se produce como efecto del término o de la condición, sino en virtud de la sentencia judicial dictada para el caso. Respecto al término suspensivo, el autor indica que queda también fuera de toda polémica al establecer el art. 61 del C.c. que el matrimonio produce efectos desde su celebración, en consecuencia la producción de efectos se presenta como inescindible de la celebración. ARECHEDERRA, L. -El consentimiento matrimonial ...Op. cit. págs. 98 y s.s.

448.-ARECHEDERRA, L.--El Consentimiento ...Op. cit. pág. 134, 136. Vid. amplio tratamiento del modo en págs. 137 y ss.

matrimonio se entiende como una realidad producida por un acto de consentimiento, cuyo efecto es crear el vínculo matrimonial"<sup>449</sup> y afirma que se está ante un consentimiento condicionado "cuando uno o ambos contrayentes tuviesen la intención de subordinar la aceptación del matrimonio a la verificación o no de un acontecimiento determinado que tiene para el que lo pone una importancia decisiva"<sup>450</sup> .

La autora distingue entre dos supuestos: que la condición se deduzca en la forma de celebración o por el contrario, que la condición, por ser tácita, esté en íntima relación con el consentimiento y no aparezca en la forma de celebración<sup>451</sup>.

---

449.-VILLA ROBLEDO, Ma José.-El Matrimonio condicionado... op. cit. pág. 229.

450.-VILLA ROBLEDO, Ma José.-El Matrimonio condicionado... op. cit. pág. 138.

451.-Distinción también contemplada por SALVADOR CODERCH, P...Comentarios a las Reformas ..."Op. cit. indicando que si el consentimiento se presta ante el juez de forma condicionada, aplazada o sujeta a modo, el juez se negara en principio a celebrar el matrimonio, y si los contrayentes, pese a ello, deciden insistir y el matrimonio se celebra, no puede decirse que el consentimiento matrimonial se ha visto escindido, págs. 137,138. También distinguen REINA y MARTINELL, al proponer la supresión del párrafo 2º del art. 45, sin perjuicio de los "addenda" que proponen a los arts. 58 y 73. Los autores afirman que el mencionado párrafo segundo puede hacer referencia a dos cosas muy distintas: a) a que en el momento formal de prestar el consentimiento, si se pusiera alguna condición, término o modo, el Juez o Funcionario autorizante debería tenerla por no puesta y permitir la celebración teniendo el consentimiento por puro y simple, -supuesto equivalente a la condición deducida en la forma de celebración,- y b) que en caso de alegación posterior en orden a su cumplimiento o a la nulidad del matrimonio, la condición, término o modo se tendrán por no puestas. REINA y MARTINELL Propuesta de Reforma de la legislación matrimonial ...Op. cit. págs. 26 y s.s.



Respecto al primer supuesto, en que la condición está deducida, está en íntima relación con la forma, ya que aparece en ella, y la solución del art. 45, 2º del C.c. tendría plena aplicación, consistiendo en "no permitir que en una acto solemne apareciesen elementos perturbadores de la necesaria certeza que debe revestir un acto como el matrimonio" concluyendo que el Juez, aunque escucha un consentimiento condicional, tendrá la condición por no puesta e inscribirá la celebración como una celebración pura. Para destruir la presunción de validez de este matrimonio, solo cabría, en caso de incumplimiento de la condición, entablar acción de nulidad por falta de consentimiento.

Si la condición no se deduce en la forma, no cabe decir que estos matrimonios esten prohibidos por la ley, ya que la condicionalidad no aparece en el acto de celebración y no tiene sentido aplicar la regla del artículo 45., párrafo 2º: puesto que "en primer lugar, la voluntad condicionada es única y no puede desmembrarse en dos, de las cuales una sería válida y otra no; en segundo lugar, porque si una persona consiente en atención a un hecho para él determinante del nacimiento de una relación, cuando este acontecimiento no se hubiera cumplido, no habría verdadero consentimiento matrimonial y entonces el matrimonio sería nulo, a tenor del número 1 del artículo 73 del Código civil".

Sentada esta diversidad en cuanto a la condición, la autora entiende que el alcance del artículo 45, párrafo 2º "ha de limitarse en todo caso, a la irrelevancia de la condición en la celebración, pero no a la irrelevancia de la condición en el consentimiento"<sup>452</sup> .

Como uno de los argumentos utilizados por la autora para la incidencia de la condición en el consentimiento utiliza el símil con el error, aduciendo que "de no admitir la relevancia de la condición respecto al consentimiento, nos encontraríamos con el absurdo de que quien consiente con un error sobre una cualidad importante de la persona, a tenor del artículo 73, número 4, celebraría un matrimonio nulo, mientras que si consintiese condicionando su consentimiento en relación a esa misma cualidad celebraría un matrimonio válido... la experiencia jurídica demuestra que el mejor criterio para dictaminar si una cualidad es o no determinante del consentimiento consiste en averiguar si quien consiente subordina su consentimiento a la existencia de esa cualidad. Tal subordinación constituye un consentimiento condicional. Carecería de fundamento considerar válido un matrimonio en el que hay condición y

---

<sup>452</sup>.-VILLA ROBLEDO, M<sup>a</sup> José .-El Matrimonio Condicional ...Op. cit.pág. 230 y s.s.

considerar inválido un matrimonio en el que hay error cuando los dos supuestos se refieren a la misma cualidad, lo decisivo no es la formulación gramatical del consentimiento, sino que la cualidad sea o no determinante"<sup>453</sup> .

Creemos oportuno, llegado este punto, sentar nuestra posición personal. El principio consensual en el matrimonio, es uno de los fundamentos básicos de la reforma que se ha realizado en el Derecho de la Familia, tal y como ha quedado expuesto a lo largo del presente trabajo, y como expresamente determina el legislador en el art. 45, párrafo 1º en concordancia con el art. 73, párrafo 1º de nuestro cuerpo legal.

La adición del párrafo segundo al art. 45, parece ir en contra de este Principio básico<sup>454</sup> por no respetar en su total integridad el consentimiento que las partes han prestado y considerar como no puesto un elemento integrado en ese consentimiento.

A nuestro juicio, por la importancia que tiene el consentimiento matrimonial, no puede el ordenamiento ni el legislador, cambiar la configuración del mismo,

---

<sup>453</sup>.-VILLA ROBLEDO, Ma José .-El Matrimonio Condicional...Op. cit. págs. 237-238. En contra de esta argumentación ARECHEDERRA, L.- El Consentimiento matrimonial...Op. cit. pág. 136-nota 112.

<sup>454</sup>.-En idéntico sentido SALVADOR CODERCH, P.-. Comentarios a las reformas ... Op. cit. pág. 131. VILLA ROBLEDO .-El Matrimonio Condicional ....Op. cit. pág. 229.

ni suplirlo en la parte que corresponda, e indudablemente, de la lectura del párrafo 2º del artículo 45, se deduce que se da por válido un consentimiento que en realidad no lo es.

Admitimos, que en la celebración, el Juez no tenga en cuenta el elemento accidental que se ha adicionado, ello en el supuesto, que tal elemento se configure en la forma de celebración. Y, en este sentido tiene aplicabilidad el párrafo segundo. Sin embargo, si la condición existe en el consentimiento asumida por los dos contrayentes y, ésta no se cumpla, tal supuesto entraría de lleno en la primera causa de nulidad contemplada en el art. 73 del C.c. al celebrarse un matrimonio sin pleno consentimiento matrimonial<sup>455</sup>.

Creemos que la solución respecto a la interpretación del párrafo segundo del art. 45,

---

455.-En la doctrina también aprecian un supuesto de ausencia de consentimiento: ALVAREZ CAPEROCHIPÍ .-Curso de Derecho de familia ... Op. cit. pág. 121. SALVADOR CODERCH, P. Comentarios ... Op. cit. pág. 137, 138 afirma que puede constituir un supuesto de simulación. En igual sentido PEÑA BERNARDO DE QUIROS aprecia un supuesto de simulación matrimonial en el pacto sobre condición suspensiva. Derecho de Familia ... Op cit. pág. 63. GARCIA CANTERO, por su parte y respecto al modo entiende que la imposición de obligaciones que desvirtuen la naturaleza del matrimonio, si son exigidas pueden guardar relación con la simulación matrimonial. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales ... Op cit. pág. 66. El autor pone como ejemplo el mantenimiento de relaciones sexuales que no fuesen fecundas. A nuestro juicio este supuesto no entraña un elemento accidental en el consentimiento, ni desvirtua en ningún caso la naturaleza del matrimonio celebrado en forma civil, por que la procreación no es una finalidad de dicho matrimonio.

vendrá dada en cierta medida por la doctrina, pero básicamente será una labor jurisprudencial, la que a todas luces, y con el transcurso del tiempo, resolverá dicha problemática. El Juez en cada caso concreto deberá apreciar la incidencia o no que haya podido tener la adición de un elemento accidental en el consentimiento y, proceder en consecuencia a decretar la nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento, o por el contrario, declarar la validez del mismo<sup>456</sup>.

---

456 .-GARCIA CANTERO,C. .-Comentarios al Código Civil ... Op cit. aboga por una interpretación restrictiva del párrafo 2º del art. 45. pág. 61.

CAPITULO II.-LA CAPACIDAD EXIGIDA PARA PRESTAR EL  
CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.