

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

capacidad la persona que disfruta de las facultades volitivas y cognoscitivas y no está incurso en alguno de los impedimentos no dispensables de los artículos 67 y 68 del C.c.

La capacidad matrimonial tiene unos presupuestos especiales que no permiten la aplicación de la normativa general sobre prestación del consentimiento prevista en el artículo 1.263 del C.c. Los supuestos contemplados en la norma aludida, escapan del contexto propio de la capacidad matrimonial. En este sentido es posible que los menores no emancipados puedan prestar válidamente el consentimiento matrimonial previa concesión de dispensa a partir de los catorce años (Art. 48 C.c.). Respecto a los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir deberá estarse, siempre y en todo caso, al dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento acreditado en el expediente matrimonial (Art. 56 C.c.), o a la sentencia de incapacitación que hubiera recaído en el oportuno proceso judicial (Art. 210 C.c.).

Se constata asimismo la existencia de una nueva limitación a la capacidad matrimonial, creada por vía jurisprudencial y de estricta aplicación a las denominadas personas "transexuales". Reiteradas sentencias del Tribunal Supremo (2/7/87, 15/7/88, 3/5/89 y 19/4/91) niegan, tras la intervención quirúrgica de cambio de sexo, la posibilidad de

ejercitar el derecho fundamental del "ius nubendi", al interpretar que no ostentan la capacidad suficiente para prestar válidamente el consentimiento matrimonial, porque a los efectos de este negocio jurídico se les considera una ficción de mujer, a pesar de reconocer el cambio de sexo y la rectificación del nombre en el Registro Civil.

OCTAVA

La exigencia legal de la forma en la declaración del consentimiento matrimonial obedece a razones de certeza y seguridad en la celebración del matrimonio. Creada la apariencia de éste, es suficiente para que, en principio, pueda atribuirse a las partes los efectos propios del negocio jurídico. Puede utilizarse como fundamento suficiente para determinar la filiación (imputación de la presunción de paternidad del artículo 116 del C.c.), así como la contribución a las cargas del matrimonio (Art. 1.318 C.c.)

La presencia del juez y los dos testigos no añaden nada al consentimiento matrimonial. Todos ellos actúan como fedatarios de la declaración de voluntad que las partes han emitido. El juez documenta el acto pero no lo constituye; asiste a la celebración pero no crea el vínculo matrimonial. Requisito básico para el cumplimiento de la forma es el ejercicio público del funcionario, aunque sea

incompetente, la presencia de los dos testigos, con excepción del matrimonio en peligro de muerte (Art. 52 C.c.), y la buena fe de uno de los cónyuges (Art. 53 y 78 C.c.)

La forma carece de valor constitutivo en el negocio jurídico matrimonial. Este nace exclusivamente en virtud del consentimiento matrimonial. El legislador, en el párrafo primero del artículo 73 del C.c., contempla una declaración formal vacía de consentimiento matrimonial y declara la nulidad del negocio jurídico.

NOVENA

Observadas las diferentes matizaciones constitutivas del objeto del presente estudio, es posible atribuir diferente significado a los vocablos "celebrar" y "contraer". El primero, "celebrar", va referido a la apariencia jurídica de matrimonio que se crea a partir de la declaración formal de voluntad y no comporta necesariamente la constitución del vínculo.

Por otra parte, la expresión "contraer" encierra un claro sentido subjetivo, y conlleva el nacimiento del vínculo jurídico matrimonial entre las partes. "Contraer" implica una manifestación del consentimiento matrimonial que puede o no coincidir con la declaración prevista en el artículo 58 del

C.c. Puede afirmarse en este sentido, que el matrimonio contraído siempre ha sido celebrado, (declaración del consentimiento matrimonial), pero no todo matrimonio celebrado es contraído coetáneamente (declaración ausente de consentimiento matrimonial prevista en el Art. 73-1º C.c.)

DECIMA

La simulación del matrimonio, tiene una estructura enmarcada en la propia singularidad del negocio. En este sentido, puede afirmarse que matrimonio simulado será aquel que se celebre según la forma prevista en el ordenamiento jurídico-civil y, en el que las partes no contraen el vínculo matrimonial ante la existencia de un pacto o acuerdo de no asunción de los derechos y deberes que son el contenido propio del vínculo.

El pacto o acuerdo simulatorio está conformado por un elemento positivo: crear la apariencia de matrimonio y, uno de carácter negativo: la voluntad de no asumir ni ejercitar los derechos y deberes propios del matrimonio.

La declaración de voluntad que crea la apariencia mediante la celebración, tiene su fundamento en el pacto o acuerdo realizado y no en el sentido jurídico que ha de tener el consentimiento, es decir en la finalidad prevista por el legislador.

El acuerdo simulatorio no tiene naturaleza negocial y es susceptible de renovación. Por otra parte la finalidad de engaño que se predica del negocio simulado puede sustentarse en la creación de la apariencia del matrimonio y en el presupuesto de la mala fe de las partes intervinientes, al tener conocimiento de la invalidez del matrimonio.

UNDECIMA

La declaración de voluntad emitida bajo reserva mental presupone la carencia de consentimiento matrimonial, al no darse en dicha declaración las notas de efectividad y reciprocidad, inherentes al consentimiento matrimonial.

La principal objeción que se realiza a la declaración bajo reserva mental para negarle fuerza invalidante en el matrimonio, es la imposibilidad de dejar la certeza y mantenimiento del vínculo a una de las partes. Esta oposición carece de fundamento en el negocio jurídico que tratamos, ya que es el propio legislador quien contempla esta posibilidad en la previsión de los supuestos legales de convalidación del matrimonio celebrado con un vicio que afecte al consentimiento (Art. 76 C.c.). En este sentido, se legitima al cónyuge para ejercitar la oportuna acción de nulidad del matrimonio, o en caso contrario, y con fundamento en la convivencia durante el transcurso de

un año, convalidar el negocio que devendrá inatacable por esta causa en concreto.

Si como hemos afirmado la reserva mental supone ausencia de consentimiento, la vía legal para el reconocimiento de la nulidad del matrimonio es la prevista en el párrafo primero del art. 73 del C.c.

DUODECIMA

Una aproximación al concepto de consentimiento matrimonial sería la declaración de voluntad efectiva y libre, emitida por persona capaz, -referida a la capacidad matrimonial ya descrita-, y dirigida al otro contrayente de querer asumir la totalidad del vínculo matrimonial.

La declaración de voluntad presupone la presencia del elemento volitivo y cognoscitivo en el sentido jurídico del término. La nota de efectividad conlleva la realidad, veracidad o certeza de la declaración de voluntad, es decir, que sea conforme a la intención de la persona que la emite. Asimismo, la declaración ha de ser libre, exenta de vicios que puedan afectarla y dirigida al otro contrayente, con lo que aludimos al requisito de la reciprocidad que necesariamente ha de existir.

En última instancia, la expresión utilizada de "querer asumir la totalidad del vínculo matrimonial", va referida a la presencia, en esta declaración de

voluntad, del sentido jurídico o finalidad que el legislador, de manera objetiva, ha contemplado para el matrimonio.

La definición propuesta incluye las diferentes manifestaciones del consentimiento matrimonial: como declaración expresa y formal en el acto constitutivo de la celebración y, como una manifestación tácita del consentimiento matrimonial, a través de la convivencia, que tiene por finalidad la convalidación del matrimonio.

DECIMOTERCERA

La nulidad del matrimonio provocada por ausencia de consentimiento matrimonial es susceptible de convalidación. Ésta, presupone una manifestación tácita del consentimiento matrimonial en virtud de la convivencia de los cónyuges. La convivencia requiere la presencia de un elemento subjetivo o espiritual centrado en la asunción de los derechos y deberes, en el ejercicio efectivo del contenido del vínculo.

La apariencia creada por la celebración, es suficiente para que, manifestado el consentimiento en la forma descrita, cubra de validez un matrimonio nulo.

La imprescriptibilidad de la acción regulada en el artículo 74 del C.c., no imposibilita la convalidación del matrimonio nulo, siempre que se de

el requisito de la manifestación tácita del consentimiento matrimonial. Será el juez quien aprecie la existencia de la convalidación atendiendo a la convivencia de las partes durante el período de tiempo que estime prudente, ante la inexistencia de un plazo legalmente establecido.

DECIMOCUARTA

El negocio jurídico matrimonial es un negocio cuyo único elemento de constitución es el consentimiento matrimonial. Al carecer de una causa y objeto específico, nos resta el consentimiento con total primacía sobre la forma exigida para la declaración.

El consentimiento despliega toda su importancia e incidencia en la teoría de los vicios que puedan afectarle y en las manifestaciones que se predicán de este consentimiento. En el acto de celebración del negocio jurídico, primera de sus manifestaciones, se circunscribe a una declaración expresa en la forma prevista por la ley.

En la relación matrimonial, consecuencia inmediata del acto de celebración, y ante la posibilidad de disolución, el consentimiento matrimonial se manifiesta de forma sucesiva e ininterrumpida a través del ejercicio de los derechos y deberes que comporta el vínculo, es en definitiva,

esta manifestación la que configura la convalidación, en el supuesto del matrimonio afectado por una causa de nulidad. El matrimonio es siempre y en todo caso, una realidad consentida por los cónyuges.

RELACION DE FUENTES UTILIZADAS

I.-FUENTES LEGALES Y PROYECTOS LEGISLATIVOS

"LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY D.ALFONSO EL IX"con las variantes de más interes, y con la glosa de vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativs sobre la legislación española antigua y moderna;hasta su actual estado por D.Ignacio SANPONTS Y BARBA,D.Ramón MARTY Y DE EIXALA,D.José FERRER Y SUBIRANA.Tomo II.Imprenta de Antonio Bergues,Calle de Escudellers,nº2.Barcelona, 1.844.

"LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY DON ALFONSO EL NONO".Glosadas por el Licenciado Gregorio LÓPEZ en Salamanca por Andrea de Portomariis en 1.555.Boletin Oficial del Estado, 1.974.

"RECUEIL COMPLETS DE TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL".FENET,D.A.Tome neuvième. Reimpresión de l'édicion 1.827.Ed.otto Zeller,Oswa Brück, 1.968.

"PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1.820" en Francisco LASSO GAITE "Crónica de la Codificación española".Tomo IV.("Codificación civil:Génesis e Historia del Código").Vol.II.Ministerio de Justicia.Comisión General de Codificación, 1.970.

"PROYECTO DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1.836" en Francisco LASSO GAITE "Crónica de la Codificación Española".Tomo IV ("Codificación civil: Génesis e Historia del Código"). Vol.II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1.970.

"PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1.851"en Francisco LASSO GAITE"Crónica de la Codificación Española".Tomo IV ("Codificación civil:Génesis e

Historia del Código"). Vol.II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación,1.970.

-**"PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1.869"** en Francisco LASSO GAITE "Crónica de la Codificación Española.Tomo IV.("Codificación civil: Génesis e Historia del Código"). Vol.II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación,1.970.

-**"LEYES PROVISIONALES DEL MATRIMONIO Y DEL REGISTRO CIVIL Y REGLAMENTO GENERAL PARA SU EJECUCIÓN"** con los modelos adoptados por la Dirección General,3ª Edición Oficial. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1.870.

-**"CÓDIGO CIVIL"** (Reformas,1.978-1.983). Trabajos Parlamentarios,II. Cortes Generales, Madrid, 1.985.

-**"CÓDIGO CIVIL CON CONCORDANCIAS, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA"**.José BONET CORREA.Tomo I.Título Preliminar y libro primero.Ed.Civitas.1.984.

-**"CÓDIGO CIVIL :DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA"**.Tomo I.Art.1 a 332.ALBACAR LÓPEZ,José Luis.MARTIN GRANIZO,Mariano.Ed.Trivium.Madrid, 1.991.

-**"CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA"** con las notas de VELEZ SARFIED.Editor Victor P. De Zavalid.Alberti,835.Buenos Aires, 1.984.

"CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR". 5ª Edição . Actualizador: Nirval GARCIA DA SILVA. Ed. Florensa. Rio de Janeiro, 1.984.

-**"CÓDIGO CIVIL DE CHILE"**. 8ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, 1.984.

-**"CODE CIVIL FRANÇAIS"**. Quatre-vingt troisième édition. Jurisprudence Générales Dalloz.Paris, 1.983-1.984.

-**"CÓDIGOS Y LEYES DE MEXICO"**Quinonagésima segunda edición.Editorial porruar,S.A.Mexico,1.D.F.1.984.

-**"CÓDIGO CIVIL PORTUGUES"**Anotado e actualizado por Jacinto RODRIGUEZ BASTOS,7ª edição.Livraria Almedina.Coimbre,1.975.-**"CODIGO DE LA FAMILIA DE CUBA"**.Ley nº 1.289 de febrero de 1.975.Gaceta Oficial de 15 de febrero de 1.975.

-**"CODE CIVIL SUISSE"**.Edité par la Chancellerie Fédérale,1.981.Diffusion:Office Central Fédéral des imprimés et du matériel,3000.Berne.

-**"CODE CIVILE"**Annotato a cura di Pietro PERLINGIERI.Libro Primo.Ed.Utet,1.980.

-**"CÓDIGO CIVIL ALEMAN"(BGB)**.Traducido por Carlos MELÓN INFANTE.Apéndice al "TRATADO DE DERECHO CIVIL".Ludwig ENNELERUS,Theodor KIPP,y Martín WOLF.Ed.Bosch.Barcelona, 1.955.

-**"BÜRGERLICHES GESETZBUCH"**. mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, AGB-Gesetz, Abzahlungsgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz und Hausratsverordnung. Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung von

universitätsprofessor Dr.Karl Larenz. 30 Auflage.
Sant 1. Februar 1.987.

II.-FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV.-**Negocio Jurídico y Representación.** Guías de
Estudi. Ed. La Ley. Madrid, 1.989.

AA.VV.-**Incapacidad consensual para las obligaciones
matrimoniales.** Edición dirigida por José
A. Fuentes. E.U.N.S.A. Pamplona, 1.991.

ACOLLAS, Emile. **Le Mariage.** Paris, A. Marescq Ainè,
Éditeur. 20, Rue Soufflot, 20 au coin de la Rue
Victor-Cousin, 1.880.

ALBALADEJO GARCIA, M.-**El Negocio jurídico.** Ed. Bosch,
Barcelona, 1.958 .

-**Curso de Derecho Civil. IV, Derecho de Familia. 2ª**
Edición. Ed. Bosch Barcelona, 1.984. **3ª**
Edición. Ed. Bosch. Barcelona, 1.987.

ALDANONDO SALAVERRIA, Ma Isabel.-**Mentalidad
divorcista y consentimiento matrimonial.** Editado por
el Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
Instituto de Ciencias Jurídicas. Departamento de "San
Raimundo de Peñafort". Monografías Canónicas
Peñafort, nº 19. Salamanca, 1.982 .

ALONSO PEREZ, Mariano.-"Matrimonio Civil y Divorcio",
en **Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor
Batlle Vazquez.** Editorial Revista de Derecho
Privado, 1.978.

-**"La Separación Conyugal, acuerdo para Divorciarse y
Convenio Regulador en el Derecho Matrimonial
Español".** en **Libro Homenaje al Profesor Jose Beltrán
de Heredia y Castaño.** Departamento de Derecho Civil.
Ediciones Universidad de Salamanca, 1.984.

-**"Acerca del matrimonio civil".**Revista de Derecho Privado, Febrero, 1.978,pàgs. 12/35.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio.--**Curso de derecho de Familia. Matrimonio y regimen econòmico.** Civitas, Madrid, 1.988.

ALVAREZ CORTINA,Andres Corsino.-**Violencia y miedo en el Código Civil Español.Su aplicación al matrimonio.**Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.1.983.

ALVAREZ FERNANDEZ, Alfredo.-**"El tema de la Ignorancia en el consentimiento matrimonial"** . Publicado en **El Consentimiento Matrimonial hoy.** Estudio realizado en los trabajos de la XV semana de Derecho Canónico. Banchs, Barcelona, 1.976.

ARECES PIÑOL, Ma Teresa. **"Declaracion de ajuste al Derecho del Estado en el supuesto de la simulación".** Revista de Derecho Privado, Enero, 1.988 Págs.17/34.

ARECHEDERRA, Luis.--**Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro 1º del Còdigo civil,** coordinados por Jose Luis Lacruz Berdejo. Civitas, Madrid, 1.982.

-**"La simulación en el matrimonio civil".** Revista Jurídica de Catalunya, Enero - Marzo, 1.980. pàgs. 179 y ss.

-**El consentimiento matrimonial.**(comentario al art.45 del Código Civil).Biblioteca Jurídica.Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra,S.A.Pamplona, 1.989.

ARCE Y FLOREZ-VALDEZ,Joaquín.-**El Derecho Civil constitucional.**Cuadernos Civitas.1.986.

AUBRY ET RAU, M.M. -**Cours de Droit Civil Français. D'après le Méthode de Zachariae.** Tome VII. Cinqüème