

Nulidad del matrimonio por error  
en las cualidades personales.  
El travestismo del esposo

*Nullity of marriage due to error in personal  
qualities. Husband's cross-dressing*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de la nulidad del matrimonio civil por ausencia de voluntad y, vicios del consentimiento, más en concreto, por error en las cualidades personales y en relación con el travestismo del esposo.

**ABSTRACT:** *The present study will go to centre on the analysis of the nullity of the civil marriage due to absence of will and vices of consent, more specifically due to error in the personal qualities and in relation to the transvestism of the husband.*

**PALABRAS CLAVES:** Matrimonio civil. Nulidad. Consentimiento. Capacidad. Simulación. Reserva mental. Error. Coacción o miedo grave. Matrimonio putativo. Indemnización.

**KEY WORD:** *Civil marriage. Nullity. Consent. Capacity. Simulation. Mental reserve. Error (failure). Dures sor grave fear. Putative marriage. Compensation.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL.—III. CONSENTIMIENTO: AUSENCIA DE VOLUNTAD Y VICIOS MATRIMONIALES: 1. LA SIMULACIÓN Y LA RESERVA MENTAL. 2. EL ERROR EN EL MATRIMONIO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. 3. COACCIÓN O MIEDO GRAVE.—IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 32.1 de la CE contempla el *ius connubi*, en consonancia con las declaraciones y tratados internacionales y establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» a lo que añade su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y

capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Se trata de un derecho constitucional que, vincula a todos los poderes públicos y «solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, puede regularse su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución española). Si bien, al no tratarse de un derecho fundamental no le alcanza la protección cualificada del recurso de amparo<sup>1</sup>.

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio se posibilita la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, a tal efecto el artículo 44 del Código civil en su segundo párrafo establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sea de un mismo o diferente sexo». La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 198/2012, de 6 de noviembre<sup>2</sup> considera la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio conforme con la constitución atendiendo a una interpretación evolutiva del artículo 32 de la Constitución española en consonancia con la concepción actual que tiene la sociedad española en relación al matrimonio y lo define como «comunidad de afecto que genere un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que posean idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento». A lo que añade que «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio presente ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador (*Fundamento Jurídico noveno*).

Por su parte, la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria posibilita el matrimonio en forma civil ante notario (art. 51.2.2.º CC). El derecho a contraer matrimonio se desarrolla por las normas de cada estado que establecen o modelan su sistema matrimonial. De ahí que, la configuración del sistema matrimonial español como un sistema facultativo o de libre elección determina que, los futuros contrayentes puedan elegir contraer matrimonio en forma civil o en forma religiosa<sup>3</sup>. La primera de las formas señaladas presenta dos variantes: la ordinaria que, es la celebrada ante la autoridad competente y dos testigos como resulta de los artículos 51, 57 y 58 del Código civil; y la extraordinaria como el matrimonio en peligro de muerte, ante funcionario incompetente, matrimonio secreto y el contraído por poder (arts. 52, 53, 54, 55 y 1280.5 CC que, exige este último que el poder conste en documento público).

En este contexto, el artículo 49 establece que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.º. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». Cuando finalice la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio —en concreto, el 30 de abril de 2021<sup>4</sup>— que sustituye a la Ley de Registro Civil de 1957, la redacción de este precepto en la redacción dada por citada la Ley 15/2015 será la siguiente «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España. 1. En la forma regulada en este Código; 2. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

Por su parte, el artículo 50 del Código civil regula la forma que, puede revestir el matrimonio extranjero en España disponiendo que «si ambos contrayentes son

extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos». Ahora bien, si el matrimonio se celebra en el extranjero entre españoles o entre un español y un extranjero pueden los contrayentes optar entre la forma civil española —ante el funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil que sea competente—, en forma canónica y en cualquiera de las que reconozca la ley del lugar de celebración.

Ahora bien, junto a los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos se exige, también, la concurrencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento matrimonial —capacidad de entender y querer la unión (art. 45)— que son objeto de verificación en el expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56). La tramitación del expediente corresponde al juez o funcionario encargado del Registro Civil y al alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue y ante funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (art. 51); si bien, el primero puede delegar esta función en el juez de paz (arts. 238 y 239 del RRC).

La redacción de este precepto al 30 de abril de 2021 será: «1. La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario Judicial, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular del encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero»<sup>5</sup>.

Resuelto favorablemente el expediente civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el juez encargado del Registro Civil y los jueces de paz por delegación de aquel —juez de primera instancia encargado del Registro de su residencia y al juez de paz que lleva el Registro Civil correspondiente a su domicilio como delegado del primero (arts. 86 de la LOPJ, 11 de la LRC de 1957 y 46 RRC)—; ante el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien este delegue, debiendo esta delegación ser expresa y documentada previamente; ante el secretario judicial —letrado de la Administración de Justicia— o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración —anticipando la Ley 15/2015, de 2 de junio la entrada en vigor del artículo 51.2.2.º del Código civil—; y si el matrimonio se celebra fuera de España ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (art. 51.2). Con efectos desde el 30 de abril de 2021 será competente para celebrar el matrimonio: «1. El Juez de Paz o el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien este delegue —desapareciendo la posibilidad de celebrar el matrimonio ante el Juez de Primera Instancia—; 2. El Secretario Judicial o el notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración; 3. El funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil en el extranjero».

Por su parte, el artículo 57 del Código civil —en su redacción actual como la que entrará en vigor el 30 de abril de 2021— distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. Así, dispone que «el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. La prestación del consentimiento podrá también realizarse por delegación del instructor del expediente. Con efectos desde el 30 de abril de 2021 el citado precepto establecerá que: «El matrimonio tramitado

por el Secretario Judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiera tramitado por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o concejal en quien este delegue». Por lo que, al igual que sucede ahora, se puede instruir el expediente o acta ante uno de los funcionarios que enumera el artículo 51.1 del Código civil, atendiendo al domicilio de los contrayentes y que se celebre en otro distinto, que no sea el del domicilio de ninguno de los futuros contrayentes.

Después que, se celebre el matrimonio, el juez, alcalde o funcionario ante quien se haya celebrado extenderá inmediatamente la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos (art. 62 CC). Con efectos desde el 30 de abril de 2021 el mencionado precepto dispondrá que: «la celebración del matrimonio se hará constar mediante acta o escritura pública que será firmada ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos».

En este contexto, presupuesta en los contrayentes una capacidad natural de entender y querer la unión, esto es, de tener conciencia de lo que representa el matrimonio, así como el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimentos y una determinada forma como requisito de validez del matrimonio civil, para que surja el vínculo matrimonial, además, resulta necesario que, el consentimiento se preste de forma consciente y libre. Así aquel no tiene lugar cuando hay ausencia de voluntad o concurre un vicio de voluntad y determina la nulidad del matrimonio.

GARCÍA CANTERO la define como «la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo»<sup>6</sup>. Por su parte BLANDINO GARRIDO la nulidad del matrimonio «es la invalidez del vínculo matrimonial derivado de la falta de concurrencia de alguno de los requisitos del matrimonio. La nulidad matrimonial arranca de la existencia, en el momento de la celebración de la unión nupcial, de impedimentos dirimentes, vicios del consentimiento o ausencia de las formalidades legales, según la regulación contenida en el artículo 73 del Código civil, que invalidan el vínculo matrimonial, privándole, en consecuencia, de toda eficacia jurídica *«ad initio»*, es decir, como si nunca hubiera existido» y, asimismo, destaca como fundamento de la nulidad matrimonial que «se produce por la ausencia o defecto de los requisitos necesarios para la validez del matrimonio, ya sea de capacidad subjetiva, ya formales, o bien atinentes a la concreta formación y emisión del consentimiento matrimonial»<sup>7</sup>. En fin, para LASARTE ÁLVAREZ la nulidad matrimonial es «el supuesto de máxima ineficacia de la relación matrimonial, ya que la declaración de nulidad comporta la necesidad de identificar una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida el vínculo entre los cónyuges desde el mismo momento de su celebración»<sup>8</sup>.

Sobre tales bases son causas de nulidad matrimonial: 1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme el artículo 48; 3. El que se contraiga sin la intervención del juez, alcalde o funcionario en quien deba celebrarse o sin la de los testigos; 4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades

personales que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; 5. El contraído por coacción o miedo grave (art. 73). Por lo que, las causas de nulidad matrimonial se pueden concretar en tres tipos de causas: las que afectan al consentimiento matrimonial; a la capacidad de los contrayentes y las que afectan al cumplimiento de las formalidades o solemnidades relativas a su tramitación y celebración<sup>9</sup>.

Si bien, se indica por la mayoría de la doctrina que este elenco de causas no es cerrada, ni constituye un supuesto de *numerus clausus*, pues existen otros supuestos de nulidad fuera de la enumeración descrita en el citado artículo 73 en el mismo Código civil —así el artículo 78 del Código civil cuando existen defecto de forma—, como en otros textos legales<sup>10</sup>. Como precisa GETE-ALONSO «en el sistema actual existe un número tasado de causas de nulidad pero su fijación no resulta, de modo directo, de la enumeración que se contiene en este artículo, sino de la interpretación conjunta de toda la normativa, de la que resulta que un mismo hecho puede originar, según el caso, una u otra causa de las descritas en este precepto»<sup>11</sup>.

Estas causas de nulidad establecidas en nuestra legislación civil se van a aplicar a todos los matrimonios, cualquiera que sea la forma de celebración de los mismos. DE VERDA Y BEAMONTE señala, al respecto que, la nulidad matrimonial asume, pues, «la específica función de tutelar la recta formación del vínculo matrimonial, razón por la cual atiende al momento constitutivo del matrimonio, prescindiendo de las sobrevenidas situaciones de crisis conyugal, cuya solución jurídica podrá hallarse en el divorcio o en la separación».

Frente a otros supuestos de crisis matrimonial, hay que destacar la excepcionalidad de la nulidad civil matrimonial, tanto en lo referido a la necesidad de concurrencia de causas establecidas por la ley, que afectan al propio vínculo matrimonial —consentimiento y capacidad—, como al rigor de la prueba que exigen los tribunales e implica la no existencia del matrimonio, mientras que el divorcio pone fin al vínculo matrimonial y la separación, por su parte, suspende algunos de los efectos de la relación conyugal, sin que conlleve la extinción del matrimonio<sup>12</sup>. Al respecto precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que «no hay que descartar que esta continuidad del régimen de nulidad tiene otra razón en la concesión que se hace al Derecho canónico mediante el reconocimiento de efectos civiles a las decisiones canónicas de nulidad y de dispensa del matrimonio rato y no consumado que se ajusten al Derecho del Estado, lo que, en cierto modo, inclina al legislador a tener dispuesto un adecuado cuadro de nulidades que permita ese ajuste sin graves diferencias»<sup>13</sup>. Por su parte, GARCÍA CANTERO señala como diferencias entre la nulidad, separación y divorcio que, «mientras la nulidad el matrimonio no se ha formado válidamente, aunque haya existido una apariencia de unión conyugal durante años; la separación supone que el matrimonio ha sido válidamente celebrado, pero algunos de sus efectos (específicamente, la vida en común) se suspende en espera, sea de una reconciliación, sea de la ruptura definitiva. Y el divorcio implica que el matrimonio válidamente contraído, ha producido la plenitud de sus efectos durante cierto tiempo, aunque por causas sobrevenidas deja de producirlos por virtud de una sentencia»<sup>14</sup>.

En este contexto, atendiendo a la forma de contraer matrimonio civil, el presente estudio se va a centrar en la nulidad civil del matrimonio, en concreto, por error en las cualidades personales, tal como se ha resuelto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 15 de enero<sup>15</sup> en un supuesto de travestismo del esposo.

## II. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL

Para SERRANO GÓMEZ el matrimonio es «un negocio jurídico de Derecho de Familia basado en el acuerdo de voluntades, fruto del consentimiento manifestado expresamente por los contrayentes»<sup>16</sup>. DE PABLO CONTRERAS señala que, se trata de «un negocio jurídico bilateral ya que sus efectos los produce la voluntad concorde o consentimiento de los esposos en cuanto va dirigido precisamente a que nazca ente ellos el vínculo»<sup>17</sup>.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO lo define como «una comunidad formalmente establecida de convivencia de vida en la que la actividad sexual marca la diferencia respecto de otro tipo de agrupaciones familiares o cuasifamiliares sin distinción entre las uniones estables hetero u homosexuales»<sup>18</sup>. El matrimonio como negocio jurídico tiene como base la voluntad concorde o el consentimiento de los esposos que, genera el vínculo matrimonial; de forma que, el vínculo matrimonial se sustenta en el acuerdo de voluntades de los contratantes<sup>19</sup>.

Por lo que, el matrimonio como negocio jurídico tiene como base la voluntad concorde o el consentimiento de los esposos que, genera el vínculo matrimonial; de forma que, el vínculo matrimonial se sustenta en el acuerdo de voluntades de los contratantes<sup>20</sup>. El artículo 45 del Código civil dispone al respecto que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Asimismo, se trata de un negocio jurídico formal o solemne que sustrae a la autonomía de la voluntad y que exige el sometimiento a las formalidades establecidas de forma imperativa en nuestro derecho positivo, esto es, a los requisitos o presupuestos objetivos tipificados por ley que, determina su validez. Además de los requisitos de capacidad que impiden que, puedan contraer matrimonio las personas «menores de edad no emancipados y los que están ligados con un vínculo matrimonial» (art. 46 CC), hay que destacar los impedimentos que, impiden que puedan celebrar matrimonio «determinados parientes y los condenados por la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellas» (art. 47), sin perjuicio de su dispensa con justa causa y a instancia de parte por el juez (art. 48). Asimismo, el consentimiento matrimonial, siguiendo el modelo formal prefijado en nuestro derecho, impide que el consentimiento matrimonial se someta a condición, término y modo que se tendrán por no puestos (art. 45.II).

Sobre tales bases, los requisitos para contraer matrimonio y para que sea considerado válido son, por un lado, personales o subjetivos referidos a la capacidad para contraerlo y los impedimentos; por otro, los materiales centrados en el consentimiento; y, en fin, formales, pues, la celebración del mismo exige el cumplimiento de una serie de formalidades<sup>21</sup>.

En cuanto a los primeros, el artículo 46 del Código civil establece que «no puede contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados; 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial»; y, el artículo 47 del citado cuerpo legal se refiere a los impedimentos cuando señala que «no pueden contraer matrimonio entre sí determinados parientes —en línea recta por consanguinidad o adopción; y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado— y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

Con la reforma del Código civil por la Ley 15/2015 el artículo 48 del Código civil establece que «el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco

de grado terceros entre colaterales». Por lo que, la dispensa solo afecta hoy a los impedimentos que enuncia el artículo 47 del Código civil.

Además de la edad y aunque el Código civil no alude expresamente a ello, también a un requisito personal la aptitud mental de los contrayentes, esto es, la exigencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento específicamente matrimonial (art. 45 CC)<sup>22</sup>. Los contrayentes han de tener la capacidad suficiente para entender y querer la unión.

El matrimonio ha de celebrarse de forma voluntaria y conociendo los efectos y las consecuencias que del mismo se deriven<sup>23</sup>. De forma que, es posible que contraigan matrimonio un incapacitado (art. 171.4 CC) o una persona incapaz de hecho —que adolezca de alguna deficiencia psíquica—<sup>24</sup>.

En todo caso, para acreditar la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio, se prevé la posibilidad que, en la tramitación del acta o expediente matrimonial, se solicite dictamen médico con carácter excepcional. Así el artículo 56 del Código civil en su párrafo 2 dispone en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio que: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente cuando sea necesario podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que, faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En todo caso, existe la posibilidad de reclamar dictámenes médicos u otras pruebas forenses de similar naturaleza, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pudieran hacer dudar de su aptitud para prestar el consentimiento. Si bien, de nuevo, se opta por la excepcionalidad en la adopción de tales medidas y, además, con carácter subsidiario solo se acudirá al dictamen médico cuando resultan insuficientes las medidas de apoyo<sup>25</sup>. Por lo que opera, más en la línea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

De todas formas, aunque el dictamen médico puede entenderse que vincula al instructor del acta o expediente —en términos similares al exigido por el Notario en los supuestos del artículo 665 del Código civil—, lo cierto es que, en cada caso, debe guiarse por el criterio de *favor matrimonii*, el interés de los contrayentes y del presunto incapaz.

En la misma línea del artículo 56 del Código civil, el artículo 245 del RRC «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de sus sustituto el dictamen facultativo oportuno». En cualquier caso, conviene señalar que, esta falta de aptitud mental o psíquica puede tener lugar principalmente en la fase de tramitación del acta o expediente matrimonial, y, también una vez aprobados estos, en el momento de emitir el consentimiento matrimonial. De apreciarse tal falta de aptitud mental tendrá como consecuencia la nulidad del matrimonio, como analizaremos.

Ahora bien, como hemos señalado, para apreciar la falta de aptitud en cualquiera de los contrayentes no implica que estos deben estar incapacitados judicialmente o incursos en alguna causa de incapacitación. Ni tampoco debe conectarse necesariamente y en todo caso con una determinada edad, dándose por supuesto



en situaciones de edad avanzada que, el sujeto tenga plena capacidad de entender y querer el acto concreto del matrimonio. De todas formas, conviene precisar que, aun habiendo sido incapacitado, el contrayente puede prestar el consentimiento matrimonial válidamente sin que exista ninguna restricción y sin que pueda invalidarse por ello el matrimonio, como así se constata en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018<sup>26</sup>. La cuestión jurídica que se plantea en esta resolución es, precisamente, la de la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual de un cónyuge. Frente a las alegaciones que las demandantes recurridas vierten en su escrito de oposición, esta Sala entiende que sí existe interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial, a la vista de los hechos probados, al declarar la nulidad matrimonial por falta de capacidad, puede oponerse a la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las dos sentencias que se citan en el recurso, acerca de la titularidad de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad así como de la función y alcance de las limitaciones de la capacidad y de las medidas de protección que prevé nuestro ordenamiento. Por otra parte, el que la Sentencia de esta Sala núm. 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, resolviera un recurso sobre la nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad (admitiendo, por cierto, su validez) con apoyo en las sentencias aportadas por la recurrente establece que, ello no solo no excluye, sino que por el contrario evidencia la oportunidad para que esta Sala revise los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. Sobre tales bases, la citada resolución parte de una serie de consideraciones sobre el consentimiento matrimonial y capacidad del contrayente que, reitera lo expuesto en líneas precedentes. Así después de señalar que, el derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 32 de la Constitución española, explica que la Convención siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4), dispone que, en 1981 se derogó la norma que impedía celebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del art. 83.2 CC). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al *ius connubii*, referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC), y el artículo 56 del Código civil pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido. De ahí que, la causa del nacimiento del vínculo matrimonial sea el consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión representa un requisito de validez del matrimonio.

Por otra parte, dispone que, la falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad y que, además de la acción de nulidad, nuestro ordenamiento establece



controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

En la redacción del artículo 56 del Código civil dada por la citada Ley 4/2017 se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Si el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

En cuanto, al matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC), como ocurre en el presente caso, importa destacar, para esta Sala, que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al artículo 65 del Código civil es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º del RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el artículo 257 del RRC, según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditarán debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 del RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

Por todo lo dicho, continúa la citada resolución manifestando que, a pesar que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 199 y 322 CC y 756 a 762 de la LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Asimismo, manifiesto que, puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio.

No obstante, precisa que, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

A la vista de los hechos y de la doctrina expuesta, esta Sala considera que, no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la

prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, la inscripción del matrimonio en el Registro Consular, de acuerdo con la legislación vigente aplicable a la que antes se ha hecho referencia, requería que previamente el cónsul comprobara la capacidad matrimonial. Por lo que, por todo lo dicho, considera que, en aras del principio del *favor matrimonii*, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Álvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>27</sup>.

Ciertamente, el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido en este estado (arts. 199 y 200 CC y 756 a 762 de la LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56.2 del Código civil, al igual que el artículo 58.5 párrafo segundo de la LRC y en la línea ambos de los postulados de la Convención, dispone que «(...) Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». La función del dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica, siendo exigible solo en el caso excepcional de un mínimo discernimiento en la persona del contrayente. La solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio<sup>28</sup>. Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171 párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. En todo caso, tal solución opera con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos, su protección constitucional (arts. 32 y 53 de la CE) y los planteamientos de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad que, siente como principio general el respeto

de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4).

De ahí, la importancia del dictamen médico solo cuando se constate que, existen unas deficiencias o anomalías físicas o psíquicas que impiden totalmente gobernarse a la persona, pese a las medidas de apoyo adoptadas dice el artículo 56.2 del Código civil y, por ende, dotándole a aquel de excepcionalidad en su adopción<sup>29</sup>. Con ello, se dota de máximo valor al juicio de capacidad que lleva a cabo el instructor del expediente o del acta —de acuerdo con el principio *pro capacitate* y proporcionalidad en la adopción de medidas de apoyo que exige la Convención—. En esta línea opera la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 frente a la posición del voto particular. Precisamente, en el supuesto resuelto por la misma, aunque el matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el procedimiento de modificación de la capacidad, el cónsul —al ser un matrimonio celebrado en el extranjero, en concreto en China entre D. Álvaro y D.<sup>a</sup> Dulce— no advirtió previamente a la inscripción en el Registro Consular de dicho matrimonio, la falta de capacidad de D. Álvaro para otorgar el consentimiento matrimonial. Además, mientras se estaba tramitando el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez que estaba dirimiendo, a su vez, el divorcio de su primer matrimonio, le reconoció capacidad para presentar demanda de divorcio. A ello habría que añadir que, es relevante que, durante la tramitación del procedimiento de modificación judicial de la capacidad se tuviera conocimiento de la celebración del matrimonio, una vez dictada la sentencia de modificación judicial de la capacidad nada se dijera sobre la capacidad para contraer matrimonio y, además, no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora y se esperó al fallecimiento de D. Álvaro, cinco años después.

Ciertamente, ni estar incapacitado ni padecer una discapacidad intelectual o enfermedad neurodegenerativa —tipo alzheimer— como padecía D. Álvaro ni la edad avanzada determinan por sí mismas la falta de aptitud para contraer matrimonio, si a juicio del instructor del expediente o del acta en la audiencia reservada a los contrayentes, o el cónsul previamente a la inscripción entienden que, tienen ambos contrayentes en el momento de celebración del matrimonio la capacidad para contraerlo, para prestar el consentimiento. Y, si lo considera pertinente y, en todo caso excepcionalmente —como último recurso cuando no pueden operar las demás medidas de apoyo— recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Todo ello en aras del máximo respeto a la dignidad de la persona, al interés de la persona incapacitada, al principio *pro capacitate* y en este supuesto, al principio *favor matrimonii*<sup>30</sup>.

En todo caso, como tantas veces hemos reiterado, la capacidad se presume a todo mayor de edad, por lo que corresponderá a quien no sostenga la validez del matrimonio —como igualmente ocurre a quien ponga en duda la capacidad de testar del sujeto— probar la falta de capacidad, alegando para ella la existencia de deficiencias o anomalías psíquicas en uno de los contrayentes o los dos que impidan expresar el consentimiento matrimonial. Ahora bien, una enfermedad o deficiencia psíquica se diagnostica con posterioridad a la celebración del matrimonio, o si, igualmente, se le incapacita judicialmente posteriormente a tal celebración o durante la tramitación del acta o expediente, el matrimonio es válido siempre que se acredite que cuando se prestó el consentimiento al celebrarse el

matrimonio, tenía capacidad para ello o aptitud para entender y querer el acto matrimonial<sup>31</sup>.

### III. CONSENTIMIENTO: AUSENCIA DE VOLUNTAD Y VICIOS MATRIMONIALES

Presupuesta en los contrayentes la aptitud natural de entender y querer lo que representa el matrimonio y el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimento para que tenga lugar el vínculo, hay que señalar que, el consentimiento matrimonial constituye elemento esencial del matrimonio, teniendo en cuenta que este presenta un carácter intrínsecamente consensual, la causa del mismo y como negocio de familia exige la voluntad concurrente de ambos cónyuges para conformar lo que representa el vínculo matrimonial<sup>32</sup>. Ciertamente, la relación jurídica matrimonial produce la voluntad concorde o consentimiento de los esposos en cuanto dirigido a que nazca entre ellos el vínculo matrimonial —la matrimonialidad del consentimiento—<sup>33</sup>.

LACRUZ BERDEJO define el consentimiento como «la voluntad consciente de la persona que lo presta de establecer con otra el vínculo que comporta la institución matrimonial»<sup>34</sup>. Por su parte, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS el consentimiento «constituye la sustancia del negocio jurídico matrimonial y para que exista y sea válido se requiere que los contrayentes tengan capacidad psíquica para consentir, que la prestación del consentimiento sea real y seria, es decir, no simulada, que ese consentimiento se ordena a una causa jurídica específica y, por último, que la formación de la voluntad no esté viciada por anomalías cognitivas o volitivas que la Ley haya tipificado como causa de nulidad»<sup>35</sup>. En todo caso, el consentimiento de los contrayentes genera el vínculo matrimonial, para lo que resulta necesario que concurran en ellos ciertos requisitos o presupuestos objetivos tipificados por la ley que determinan su validez. El objeto del consentimiento matrimonial se identifica con el contenido personal del matrimonio en lo que constituyen los deberes a asumir por los cónyuges (arts. 66, 67 y 68 CC)<sup>36</sup>.

En este contexto, el consentimiento ha de ser prestado además de consciente, de forma libre, pues, nadie puede ser obligado a contraer matrimonio. Por lo que no es consciente y libre el consentimiento cuando falta la completa voluntad en los casos de *vis absoluta*, esto es, que para arrancar el consentimiento de uno o ambos contrayentes, se emplease una fuerza irresistible; o cuando la declaración es *iocandi causa*<sup>37</sup>; o hay error obstativo; o, en fin, se contrae por error o coacción o miedo grave. Así se considera nulo el matrimonio «celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (art. 73.4), y el matrimonio contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5). Ahora bien, en la medida que el matrimonio constituye un negocio jurídico puro, no puede estar limitado ni condicionado, es decir, no cabe someterlo a condición, término o modo en cualquiera de sus modalidades<sup>38</sup>. Por otra parte, el consentimiento ha de ser expresado al exterior en cualquier forma y puede utilizarse para ello la expresión, escrita, oral o mediante gestos. A dicha expresión exteriorizada del consentimiento se refiere el artículo 58 del Código civil. Precisamente la exigencia de tal exteriorización del consentimiento puede plantear entre otras cuestiones, qué efectos debe asignarse a la discordancia consciente y querida entre la declaración de voluntad de querer contraer matrimonio que se emite y la voluntad real o interna que se mantiene oculta y que se plasma

en el deseo de contraerlo. Esta discordancia puede obedecer a dos modalidades distintas: la simulación y la reserva mental.

## 1. LA SIMULACIÓN Y LA RESERVA MENTAL

En la simulación, las partes de común acuerdo emiten una declaración de voluntad deliberadamente discordante con la voluntad interna<sup>39</sup>. Una apariencia de matrimonio y la exclusión o modificación de efectos que le son propios. De forma que, los dos contrayentes pese a expresar formalmente su consentimiento, aparentan querer celebrar un matrimonio entre sí, no desean realmente que tenga lugar el vínculo matrimonial<sup>40</sup>. SERRANO GÓMEZ señala como requisito esencial para poder hablar de matrimonio simulado «el que los contrayentes aparentan querer celebrar un matrimonio, aunque lo que realmente persiguen es conseguir un objetivo que no es consustancial a él»<sup>41</sup>. Por su parte DÍAZ MARTÍNEZ indica que «ambos cónyuges o al menos uno de ellos no presta verdaderamente consentimiento matrimonial, asumiendo la comunidad de vida y los deberes inherentes al vínculo matrimonial»<sup>42</sup>. Ciertamente, como señala GETE-ALONSO «simula el matrimonio quien mediante pacto —a modo simulatorio— excluye los efectos esenciales de este y los modifica tan sustancialmente que se queda en el puro nombre»<sup>43</sup>. En fin, como precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS «la simulación matrimonial atiende escuetamente a si ha habido consentimiento matrimonial y si este consentimiento, en el supuesto de su existencia, fue un consentimiento tipificado por la causa y el objeto propiamente matrimonial»<sup>44</sup>. En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia se entiende como matrimonio simulado «aquel cuyo consentimiento se emite por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la ley o bien un elemento o propiedad esencial del mismo». En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Se excluyen los fines propios y específicos de la unión matrimonial, esto es, los efectos esenciales del matrimonio. Supone, en esencia, utilizar el matrimonio como medio para alcanzar un efecto que se deriva de aquel<sup>45</sup>.

Por otra parte, hay que distinguir entre simulación absoluta —falta de consentimiento y exclusión del matrimonio— y simulación relativa —se pretende constituir un vínculo matrimonial de manera ficticia con la intención de excluir algún elemento o efecto propio del matrimonio, desviándose de lo que representa la causa misma del matrimonio»<sup>46</sup>. En esta línea, señala DE PABLO CONTRE-RAS que «la simulación total, que se da cuando los contrayentes no quieren realmente el matrimonio mismo y la simulación parcial, que tiene lugar cuando los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio predispuestos por el Derecho objetivo»<sup>47</sup>. Asimismo, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS precisan que en la simulación absoluta «no hay consentimiento por ambas partes, se rechaza el matrimonio, simplemente no quieren contraerlo, bien haya acuerdo simulatorio o bien coinciden los propósitos separados de no contraer. Los cónyuges o alguno de ellos no quieren consentir en que tenga existencia el matrimonio y, sin embargo, prestan un consentimiento aparente que es ficticio (...). Mientras en la simulación relativa lo

que los contrayentes pretenden es instrumentalizar el matrimonio al servicio de funciones que no se corresponden con lo que es propio del matrimonio y que constituye su causa» y añaden «la simulación relativa afecta a la conyugalidad del consentimiento y se produce cuando las partes pretenden una utilidad que no es propia del matrimonio, la cual queda oculta como causa de simulación (*causa simulandi*) y que explica la exclusión del consentimiento matrimonial mediante la pretensión de instrumentalizar el matrimonio para alcanzar fines impropios de este»<sup>48</sup>. Ciertamente en la simulación total los cónyuges no quieren contraer matrimonio y en la simulación relativa los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio establecidos en la norma<sup>49</sup>.

En todo caso, la mayoría de la doctrina solo otorga relevancia en nuestro sistema matrimonial para la mayoría de la doctrina a la simulación total<sup>50</sup>.

Ahora bien, la simulación debe ser probada por quien la alega, siendo posible la aportación de pruebas indirectas, o al juego de las presunciones basadas en hechos objetivos, resultando necesario que entre el hecho demostrado y el que pretende deducirse exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 386 de la LEC)<sup>51</sup>.

En todo caso, dentro de la categoría de los matrimonios simulados están los llamados matrimonios de complacencia, conveniencia o matrimonios blancos. Se trata de matrimonios celebrados entre un ciudadano/a español y un extranjero —ajeno a la Unión Europea— a veces mediante precio o contraprestación, con el propósito de obtener alguno de los beneficios que el ordenamiento jurídico concede como permiso de residencia en España o la nacionalidad española, pensión de viudedad<sup>52</sup>. Son matrimonios en los que no concurre un verdadero consentimiento matrimonial, sino «matrimonios meramente aparentes»<sup>53</sup>.

Los matrimonios simulados son nulos de pleno derecho conforme a los artículos 45.1 y 73.1 del Código civil por faltar el elemento esencial del consentimiento.

Ahora bien, esta nulidad se produce no solo en los casos en que el vicio o discordancia consciente entre las voluntades internas y externas sea bilateral (haya o no un previo «*consilium simulationis*» entre los contrayentes), sino también en los casos en que la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en un solo de ellos (reserva mental) que, supone la existencia de una voluntad unilateral<sup>54</sup>.

En cuanto a la reserva mental, como precisa SERRANO GÓMEZ representa «la discordancia entre lo expresado y lo querido se da en uno solo de los contrayentes que no desea la normal producción de los efectos del matrimonio. El otro realmente quiere celebrarlo e ignora cuál es la verdadera voluntad del sujeto con el que se casa. La nota característica de la reserva mental es, por tanto, su carácter unilateral, ya que si afecta a ambos cónyuges, hablaríamos de simulación»<sup>55</sup>. Para LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS la simulación mediante reserva mental «pertenece al fuero interno de la conciencia y consiste en las decisiones que adopta un sujeto internamente y sin ninguna exteriorización relacionante que, por lo tanto, no tiene relevancia jurídica»<sup>56</sup>.

Al respecto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 1999<sup>57</sup> existe reserva mental en el matrimonio cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia mantenida conscientemente ante el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, esto es, dicho en otros términos, por reserva mental dentro del contexto matrimonial debe entenderse



la voluntad mantenida internamente por uno de los contrayentes de conseguir un propósito determinado, acompañada de la declaración de consentir matrimonialmente, no queriendo realmente contraer matrimonio, sino conseguir esa finalidad oculta, para lo que el matrimonio aparentemente celebrado constituye un instrumento idóneo. De tal definición se derivan y se desprenden las características esenciales de la reserva mental que son: a) La gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) El secreto y desconocimiento para la otra parte, lo que conlleva un engaño a esta y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental; y c) La existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido (*«propositum in mente retentum»*) que, se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente. Asimismo de aquella, resultan los presupuestos subjetivos de aplicación de la reserva mental en el matrimonio como son, en síntesis: a) La unilateralidad de la reserva mental; b) La ocultación al otro contrayente; y c) La divergencia consciente entre la declaración y la voluntad negocial. En definitiva y para concluir, es de constatar que, la existencia de la reserva mental en uno de los contrayentes al celebrarse el matrimonio, supone la ausencia de voluntad matrimonial y la existencia de una voluntad interna dirigida a conseguir un propósito determinado, que la otra parte no conoce<sup>58</sup>.

Ahora bien, mientras la simulación determina la nulidad del matrimonio por ausencia del consentimiento y requiere un acuerdo simulatorio entre las partes, es decir, un pacto entre los contrayentes mediante el que se excluyen los fines matrimoniales o se alteran sustancialmente; por lo que es bilateral; en la reserva mental hay una ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en uno solo de los contrayentes, de forma que, es unilateral y provoca mayores dificultades probatorias<sup>59</sup>. Efectivamente, estas dificultades probatorias implica como precisa DÍAZ MARTÍNEZ «nadie puede tener el poder de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona excepto ella misma». De ahí, la importancia de la prueba de las presunciones como en la simulación, y la exigencia de tener en cuenta los actos coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio con el objeto de poder conocer la voluntad interna del contrayente<sup>60</sup>.

En todo caso, la doctrina de forma mayoritaria considera que, tanto en la simulación como la reserva mental hay falta de consentimiento<sup>61</sup>; sin embargo, no faltan autores como GETE-ALONSO que señala que «no cabe dar entrada a aquellas causas de nulidad que supongan dejar al arbitrio de uno de los cónyuges el mantenimiento y certeza del vínculo matrimonial»<sup>62</sup>.

En fin, en supuestos de ausencia de voluntad, en el caso *vis absoluta* —para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible—, en los de declaración no sería o *iocandi causa*, pues, no hay tampoco verdadera intención de contraer matrimonio, ni una real voluntad de conseguir una apariencia del mismo<sup>63</sup>, o en la ausencia de la función intelectual que imposibilite emitir una declaración de voluntad expresa (situación de coma)<sup>64</sup> o, trastorno mental que excluya la conciencia de la declaración (ingesta de alcohol, drogas).

## 2. EL ERROR EN EL MATRIMONIO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El artículo 73.1 del Código civil menciona el error en la persona y la coacción, miedo grave e intimidación como vicios del consentimiento.



SERRANO GÓMEZ señala que «el error implica que la voluntad manifestada al exterior y la voluntad interna son coincidentes, pero se han formado de forma defectuosa sobre la base de circunstancias o ideas que no se ajustaban a la realidad y que de haberlas conocido en su justa medida ese consentimiento no se hubiera formado o lo habría hecho de manera distinta y desde luego no se hubiera emitido tal y como se hizo»<sup>65</sup>.

El error como vicio del consentimiento es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad.

Hay que distinguir entre error en la identidad de la persona y error en las cualidades personales. El error en la identidad de la persona del otro contrayente consiste en la creencia equivocada que se contrae matrimonio con una determinada y concreta persona que, sin embargo, resulta ser otra distinta<sup>66</sup>. Este tipo de error resulta bastante improbable en la práctica, solamente puede producirse cuando no se conoce el otro contrayente o aun conociéndolo concurren circunstancias que permitan la suplantación de la personalidad, como el contraído por una persona ciega o en la celebración del matrimonio por poder, o en supuestos en que se haya solicitado los servicios de mediación familiar o en el uso de un nombre falso<sup>67</sup>.

El error sobre la identidad de la persona es, para la mayoría de la doctrina, propiamente un caso de error obstativo y este supone precisamente «ausencia de consentimiento matrimonial por falta de concordancia entre la voluntad y la declaración»<sup>68</sup> e, ignorancia «del valor de la declaración o del significado esencial del matrimonio»<sup>69</sup>. En esencia, el otorgante «desconoce la trascendencia jurídica y el alcance de la declaración que está efectuando»<sup>70</sup>. Este error obstativo que implica falta de consentimiento se encuentra acogido en el artículo 73.1 del Código civil, y no en el relativo a los vicios<sup>71</sup>. Ciertamente, el error en la persona admite dos tipos: el que recae sobre la identidad del otro contrayente —error obstativo— y, el propio error vicio o error motivo que recae sobre las cualidades personales (art. 73.4 CC)<sup>72</sup>.

En cuanto al error en las cualidades personales del otro contrayente, señala DE VERDA Y BEAMONTE que la cualidad personal puede definirse como «un accidente no patrimonial apto para caracterizar a una persona de modo permanente o estable», a lo que añade que en el sentido del artículo 73.4 del Código civil son cualidades personales «todos aquellos accidentes no patrimoniales aptos para caracterizar a la persona del otro contrayente de modo permanente o estable y que, existiendo al tiempo de celebración del matrimonio, actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes»<sup>73</sup>. Por lo que, en este supuesto la persona con la que se celebra el matrimonio es la misma con la que se quiere contraer, pero «carece de las cualidades de carácter personal que se creía tener, o bien reúne otras que no eran las queridas o esperadas, o que causan un importante desagrado»<sup>74</sup>.

Como precisa DÍAZ MARTÍNEZ la jurisprudencia tiene declarado que ha de estar referido a atributos o accidentes que afecten esencialmente a la persona o la acompañen sustancialmente, no siendo relevante el que recaiga sobre otras cualidades que no sirven para distinguir a una persona de otra»<sup>75</sup>.

Han de ser, además aquellas que por su entidad fueran determinantes del consentimiento matrimonial y que no pudieran ser apreciadas por el otro contrayente, empleando una diligencia media<sup>76</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 5 de junio de 2006<sup>77</sup> señala, al respecto, como requisitos para que se produzca la nulidad por error en el consentimiento: 1. Que recaiga sobre cualidades personales

del otro contrayente y existentes en el momento de prestar el consentimiento matrimonial; 2. Que tal cualidad personal debe tener una entidad importante; 3. Que dicho error sea determinante (esencial) para la prestación del consentimiento.

Ciertamente, el artículo 73.4 del Código civil alude a «aquellas cualidades personales que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento», de forma que, de su tenor literal se desprende que ha de tratarse de circunstancias esenciales en cuanto implica una creencia equivocada determinante de la prestación del consentimiento y, decisivas para el que emitió el consentimiento sin que aquellas tengan que reunir una determinada relevancia o trascendencia<sup>78</sup>.

La doctrina ha adoptado dos posiciones para delimitar los supuestos en que una cualidad personal ha sido por su entidad determinante de la prestación del consentimiento. Por un lado, se parte de la tesis o criterio subjetivo considerando error relevante aquel que conforma la voluntad del contrayente, conduciéndole a prestar el consentimiento<sup>79</sup>. Se individualiza en la persona que la emite. Para GETE-ALONSO Y CALERA «depende de la persona, relativa porque hace referencia a un matrimonio concreto y a las singulares personas entre las que se celebra»<sup>80</sup>; por su parte, SERRANO GÓMEZ indica que con esta tesis subjetiva se atiende a la consideración personal que el afectado por error tiene de esas cualidades personales, es decir, se mueve en una valoración puramente individual de tales circunstancias<sup>81</sup>. Por otro lado, se alude a la tesis o criterio objetivo, así se entiende que no cualquier cualidad puede ser determinante de la prestación del consentimiento, sino solo aquellas que «conforme a las circunstancias sociales y morales del momento y del lugar donde se ha celebrado el matrimonio, sea tomado como obstáculo lógico a su celebración»<sup>82</sup>. En fin, no faltan quienes optan por una tesis intermedia donde se debe conjugar la percepción personal de quien padece el error respecto de las cualidades del otro contrayente y la realidad social en que opera el matrimonio<sup>83</sup>, esto es, se atiende a la concreta persona que padece el error y a la opinión común o realidad social o las convicciones sociales de la época en que se celebra el matrimonio, ponderando las circunstancias del caso<sup>84</sup>. En esta línea, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS entienden que debe tenerse en cuenta también «la importancia que, según la opinión social tienen determinadas cualidades personales como decididamente influyentes en la constitución norma de una relación conyugal, guardando un adecuado equilibrio que no violenta la opinión personal del sujeto en cuanto aprecio y significado que tiene para él la cualidad de la otra persona»<sup>85</sup>. Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ sugiere la necesidad de un enfoque sociológico de las cualidades personales cuya falsa representación puede dar lugar a la anulación del matrimonio<sup>86</sup>.

No resulta fácil delimitar cuáles son las cualidades personales de un sujeto, la doctrina suele aludir a las cualidades estéticas, psíquicas o físicas o de carácter cultural o social<sup>87</sup>. Según GETE-ALONSO Y CALERA entre las cualidades que puede originar este vicio puede citarse, a título de ejemplo, «las deficiencias o anomalías psíquicas que no impiden u obstaculizan la emisión de un consentimiento válido por parte de quien las padece, la toxicomanía, la impotencia, la existencia de una enfermedad infecciosa grave, la esterilidad, el estar condenado a una pena de privación de libertad»<sup>88</sup>. Para DE VERDA Y BEAMONTE pueden enumerarse las siguientes cualidades personales: «a) Cualidades físicas (impotencia, esterilidad, embarazo, edad); b) Enfermedades físicas y mentales; c) Cualidades relativas a la orientación sexual de los contrayentes (homosexualidad, ninfomanía); d) Cualidades relativas al estado civil de las personas (nombre, condición de divorciado, nacionalidad); e) Cualidades de carácter confesional (profesión religiosa, orden

sacerdotal, credo religioso, vínculo canónico precedente); f) Cualidades morales (condena penal, virginidad, grave propensión a la mentira); g) Profesión; h) Transexualidad»<sup>89</sup>. En esta línea, LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS señalan que «las cualidades se predicen de la persona considerada no solamente en su configuración física, sino también cultural, social, ética, profesional, etc. Por ello, la casuística es amplia y abarca enfermedades somáticas o psíquicas crónicas, anomalías o desviaciones sexuales, grave condena penal por delito, enfermedad crónica impotencia, esterilidad, virginidad, embarazo *ab alio*, condición sacerdotal y otras que habrán de aprobarse y que la jurisprudencia irá elaborando»<sup>90</sup>.

En este contexto, la cualidad personal se predica tanto de la dimensión física de la persona como la psíquica<sup>91</sup>. De ahí que, como afirma SERRANO GÓMEZ cualidades han de entenderse «todas aquellas que configuran la personalidad y también la apariencia física de una persona, es decir, las cualidades físicas, psíquicas, ideológicas o morales que, individualizan y diferencian una persona respecto de otra»<sup>92</sup>.

El ser personales implica, por tanto, que se predicen de la persona en su condición de tal y no en su proyección económica o profesional<sup>93</sup>.

De modo que, por no ser personales se excluyen las cualidades patrimoniales y, en general, las de índole económica/profesional o las que afectan a una esfera que no sea la estrictamente personal (física o psíquica)<sup>94</sup>. DE VERDA Y BEAMONDE señala al respecto que del ámbito de aplicación del artículo 73.4 inciso segundo del Código civil se excluyen: «1. Los accidentes de la persona que, en ningún caso, puedan ser considerados cualidades personales, bien por su carácter exclusivamente patrimonial, bien por su carácter transitorio o pasajero; 2. Los accidentes que, siendo extrapatrimoniales y duraderos, pueden ser considerados como cualidades personales pero que no constituyen error en la cualidad personal *ex* artículo 73.4 del Código civil, por referirse a la propia persona o a la de un tercero, por no existir al tiempo de la celebración de las nupcias o por tratarse de cualidades que funcionan por medio de individualización de la persona de los contrayentes (error *redundans*)»<sup>95</sup>.

El momento determinante para concretar la existencia de un vicio del consentimiento es el de la celebración del matrimonio. Se trata de circunstancias anteriores o coetáneas a tal momento, que son las que pueden afectar al consentimiento matrimonial; de cierta relevancia e ignorado o desconocido por una de las partes<sup>96</sup>.

Señala BLANDINO GARRIDO al respecto que «el comportamiento posterior del cónyuge que, disguste o sorprenda al otro, no puede ser; en cambio, invocado como error en la prestación del consentimiento determinante de la nulidad, puesto que el citado artículo 73.4 del Código civil no se refiere a la conducta que espera del otro cónyuge durante la vida matrimonial, ello sin perjuicio de que pueda acudirse a la separación o disolución del matrimonio»<sup>97</sup>.

Si bien, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1987<sup>98</sup> para apreciar si las cualidades personales han sido determinantes de la prestación del consentimiento matrimonial, resulta necesario interpretar y valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges sobre todo en el periodo de relaciones mantenidas por los esposos durante el noviazgo.

En todo caso, deben las cualidades personales poseer cierto grado de permanencia, no las meramente accidentales y circunstanciales que, permita configurar el carácter personal del contrayente<sup>99</sup> y de cierta gravedad<sup>100</sup>.

En esencia, el error debe recaer en cualidades personales de cierta entidad que, hayan sido decisivas y determinantes para la prestación del consentimiento

por el contrayente que erró, también idóneas y precisas para el desenvolvimiento de la vida conyugal<sup>101</sup>. Además de tener en cuenta la persona concreta —criterio subjetivo— y atender a las convicciones sociales y a la realidad social —criterio objetivo—<sup>102</sup>. No requiere el requisito de excusabilidad<sup>103</sup> y puede ser convalidable (art. 76 CC).

De todas formas, el error en la cualidad personal puede acaecer positivamente (tener una cualidad que no se desea) o negativamente (carecer de una cualidad que se desea)<sup>104</sup>, y habrá de probarse su existencia y su falta de conocimiento por parte del contrayente que ha sufrido el error antes del matrimonio<sup>105</sup>.

En este contexto, no procede el error en las cualidades personales en relación con el ejercicio de la prostitución, pues, antes hubo noviazgo y relaciones sexuales previas al matrimonio<sup>106</sup>; tampoco en el ejercicio de una profesión de forma pública, notoria y continuada sin título habilitante para ello, al referirse el artículo 73.4 del Código civil a cualidades o aspectos interiores o intrínsecos de la persona<sup>107</sup>. También carece de relevancia a los efectos de la nulidad del matrimonio, la carencia de título de ATS en uno de los contrayentes que, impidió al matrimonio establecer y gestionar una residencia geriátrica, pues, no afecta al vínculo matrimonial<sup>108</sup>. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 15 de febrero de 2001<sup>109</sup> señala que, el carácter de una persona no es una cuestión de matiz y que, como indica el juez a quo que, no ha de olvidarse que la vida en común de los cónyuges permite llegar a observar matices en el modo de ser que, no se puede descubrir durante el noviazgo y que, de admitirse, darían lugar a innumerables casos de nulidad. En esta línea, tampoco se considera error en las cualidades personales como manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 24 de mayo de 2010<sup>110</sup> los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva el carácter y la forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial. Tales errores no pueden ser invocados como cualidad esencial, pues, lo que ampara el citado artículo 73.4 del Código civil no es la referencia a la conducta que se esperaba en el futuro del otro cónyuges durante la vida en común; de tal manera que, si la actuación y la conducta de uno de los cónyuges no es lo que desearía el otro o no se concilia con la idea que este tiene de la relación matrimonial, de lo que esperaba el uno del otro en la convivencia y desencadenaría la intolerancia y la incomprensión entre los cónyuges que no son capaces de adaptar sus pautas de comportamiento en la relación matrimonio, se habría producido una pérdida de la «*affectio maritalis*» para lo cual nuestro ordenamiento jurídico dispone de los remedios de la separación y el divorcio.

Asimismo, el carácter, la forma de ser y actuar al inicio de la convivencia no pueden ser invocados como cualidad especial<sup>111</sup>; ni los errores de pronóstico futuro relativo a la conducta del otro contrayente<sup>112</sup>; ni el cambio de afectividad, atención y dedicación personal que se pueda producir tras la celebración del matrimonio respecto a periodos anteriores<sup>113</sup>; ni la impotencia sufrida por el actor, al ser una conocida por el otro cónyuge con anterioridad a la celebración del matrimonio<sup>114</sup>; ni la falta de fidelidad del otro contrayente sirve para determinar el error en las cualidades personales. El hecho que el consentimiento se preste bajo la confianza o condición que con anterioridad a la celebración del matrimonio el otro contrayente habría observado esa exigencia de fidelidad, generalmente, entendido como indemnidad en la vida sexual con persona distinta al futuro consorte, no supone que con ello se afecte una cualidad personal que determine el consentimiento<sup>115</sup>; ni el ejercicio de la prostitución, aun conocida tras

la celebración del matrimonio, si ha habido una previa relación sexual anterior al matrimonio<sup>116</sup>. En fin, tampoco se considera error en las cualidades personales del contrayente demandado determinante de la prestación del consentimiento el haber ocultado que tenía un hijo fruto de una anterior relación en su país de origen<sup>117</sup>.

Por el contrario, se considera invalidante del consentimiento matrimonial el padecimiento de una enfermedad maniaco-depresiva, un retraso mental leve y un trastorno de adaptación con alteración de las emociones de evidente entidad objetiva y configuradora de la personalidad del contrayente, cuyo desconocimiento por el otro contrayente demandante supone que, incide de un modo especial en la concreta formación de su consentimiento<sup>118</sup>. También se considera error en las cualidades esenciales el mantenimiento por el marido de relaciones con otra mujer desde antes de la celebración de la boda. Circunstancia que de haber sido conocida por la esposa, habría motivado que la misma no contrajese matrimonio<sup>119</sup>. Asimismo, se entiende que procede la nulidad por vicio del consentimiento por error en la cualidad personal, al haber prestado la actora el consentimiento matrimonial en la creencia inducida por el demandado que, la comunidad de vida era deseada por él<sup>120</sup>. Igualmente, se estima error en las cualidades personales el consentimiento otorgado en la creencia que el hijo que esperaba su futura esposa era suyo<sup>121</sup>. En esta línea, también determina error en tales cualidades personales la condición de homosexual del marido<sup>122</sup>, máxime si la heterosexualidad anterior a la celebración del matrimonio entre personas de distinto sexo representa una de las cualidades esenciales de la persona en el matrimonio entre personas de diferente sexo. Por lo que, la existencia de una orientación homosexual puede inducir al error esencial sobre una de las cualidades esenciales con la suficiente entidad para causar un vicio del consentimiento en el otro cónyuge<sup>123</sup>. Asimismo, las tendencias pedófilas con independencia de la profesión como psicóloga de la contrayente y que conociera la causa penal seguida frente al demandado<sup>124</sup>.

En fin, también considera error en las cualidades personales el travestismo del esposo. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2020<sup>125</sup> que, previamente, debate si se aplica el artículo 76 del Código civil y la convalidación del matrimonio, si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error. La cuestión se centra en la valoración de la expresión «vivir juntos», durante un año, que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o a la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio). Señala la citada resolución que, la presunción de vivir juntos que establece el artículo 69 del Código civil, «queda destruida a partir del momento en que, como reconocen ambos litigantes, hubo una “confesión” de travestismo que causó un enorme choque emocional, hecho de suficiente entidad para romper la presunción. Tal conocimiento por parte de la esposa comporta, sin duda, una alteración de la normal armonía conyugal. Así la permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia o el mantenimiento de apariencias externas, no implica necesariamente “vivir juntos” en el sentido que establece el artículo 76 del Código civil». Por tanto, «vivir juntos» comporta en el contexto que se analiza, que conocida la cualidad personal anteriormente oculta y ahora revelada, tal cualidad se admite y acepta por el otro consorte y prosigue la convivencia marital. Para que la vida en común suponga una suerte de convalidación tácita, debe quedar suficientemente acreditado que tal vida en común, como la propia del matrimonio, se ha llevado a cabo (carga de la prueba que

corresponde a quien alega la excepción de caducidad). No es suficiente con probar una apariencia de convivencia frente a terceros, ha de quedar acreditada la firmeza de una voluntad de la esposa de renunciar a la acción (lo que la doctrina denomina la superación del *spatium deliberandi*). En este contexto, la prueba practicada sobre las condiciones relacionales («vivir juntos») y el plazo ha sido escasa, limitada fundamentalmente a los interrogatorios de ambos litigantes, que se consideran en la medida en que contienen la admisión de hechos personales y perjudiciales. Indica la citada sentencia que «es preciso que la situación de “vivir juntos” se prolongue por un año y no consta que tal plazo se cumpliera entre el conocimiento, en julio de 2014, de la cualidad personal ocultada y julio de 2015: la esposa niega la convivencia desde septiembre de 2014 («desde septiembre de 2014 el esposo ya no estaba en el domicilio conyugal, viajaba y hasta diciembre no volvió a casa, ni después») y el esposo declara que “de octubre a diciembre de 2014” él estuvo viviendo en la vivienda familiar. Por tanto, no hubo convivencia convalidante tras conocerse la causa de nulidad». A juicio de la Sala «no hay, por tanto, un periodo temporal acreditado de un año de convivencia conjunta interrumpida en el sentido que se ha indicado. No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales, pues, aun existiendo estas si no son *more uxorio* no son tales, ni afectan al cómputo del plazo los viajes y las actividades sociales y familiares que buscaban mantener en el ámbito de la intimidad la problemática y no perjudicar a los nietos». Por lo que «roto el tracto marital y no existiendo convivencia conyugal inmediata, ya no era posible la fijación de un nuevo *dies a quo* y el inicio de un nuevo plazo de caducidad». Además «no hay duda que el no “convivir juntos” es compatible con el mantenimiento de una apariencia social de normalidad, especialmente para no perjudicar a las nietas, con estancias en casa de una hija, de vacaciones o acudiendo a alguna cena». En suma «no hay vida conjunta, sino a lo sumo un intento de reconciliación, rota la caducidad, ni por el hecho de haber intentado ambos litigantes solucionar sus crisis personales o de pareja, ni por el hecho que, frente a sus familiares más directos (hijas y nietos), para no perjudicarlos y en el ámbito social hubieran aparentado una normalidad. El esposo admite haber mantenido reuniones familiares (con convivencia) incluso después de la fecha en que él mismo sitúa la separación definitiva (31 de diciembre de 2016) y es razonable que, como progenitores y como abuelos, hayan intentado aparentar una cierta normalidad, compatible con una separación real».

En cuanto al travestismo como causa de nulidad establece al respecto que «no comparte la tesis de la sentencia apelada que la cualidad de travesti del demandante no tiene entidad objetiva de error. El error en la cualidad personal no ha sido negado por el demandado reconventional y la prueba practicada lleva a la estimación que, efectivamente, concurrió.

El error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva es razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial —como es el sentir mayoritario de la doctrina—. El error implica que la voluntad de la esposa manifestada al exterior y la voluntad interna son coincidentes, pero se han formado de manera defectuosa sobre la base de circunstancias o ideas que no se ajustaban a la realidad y que de haberlas conocido en su justa medida ese consentimiento, no se hubiera formado o lo habría hecho de forma distinta y desde luego, no se hubiera emitido tal y como



se hizo. Por ello, tanto en el caso de error en la identidad del otro contrayente como en el de error en sus cualidades personales se emite una declaración que aunque defectuosa, es coincidente con la inicialmente querida en el fuero interno de quien la exterioriza. Como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad exteriorizada».

Sobre tales bases, señala que «el error no guarda relación con la coincidencia de rol sexual, pues hoy en día está reconocido el matrimonio homosexual, sino con la aceptación libre y recíproca, con efectos *ad intra* y *ad extra*, de la forma de construir conjuntamente la relación sexual y con la exigencia de honestidad al plantear el matrimonio. No sería admisible, desde la perspectiva de la institución matrimonial, si se basara en relaciones de subyugación (machismo, violencia, sadismo, masoquismo), si estas se dieran a conocer después de contraer matrimonio, de modo que podrían ser causa de nulidad matrimonial y comportarían un juicio de reproche severo, con efectos *ex tunc*. Si se trata de conductas como el voyerismo, el exhibicionismo o el travestismo, aunque marginales a la relación de pareja, entendemos que constituyen cualidades personales de entidad suficiente como para justificar una nulidad matrimonial, aunque carentes de aquel grado de reproche, puedan incluso dar lugar a matrimonios putativos».

Por lo que «no hay duda que el travestismo no es ajeno a la creación de una apariencia de condición femenina, ni a un trasfondo erótico (aunque lo practique un heterosexual y aunque no supongan relaciones sexuales con otras personas) y constituye por ello una condición personal (...). Es una opción marcada por la discreción, pero cuyo conocimiento por uno o una contrayente es sin duda significativo en la apreciación de las cualidades personales y con ello en la configuración del consentimiento matrimonial. En la ambivalencia de mostrarse al público anida un deseo de revelarse, la búsqueda de un reconocimiento identitario distinto del otro consorte, y la sociedad en general puede presumir».

Por un lado «se trata de una cualidad esencial o identificante, psicológica; y, por otra, es también una cualidad esencial o identificante desde la perspectiva sociológica: la opinión común, en el ambiente familiar o social se identifica con la consideración que ese dato de hecho puede condicionar el consentimiento matrimonial». Por último se indica que «el error ha de concurrir a la fecha de la manifestación del consentimiento matrimonial, lo que obliga a estudiar si ha quedado probado que en 1975 el esposo ya tenía la tendencia a travestirse. (...) En suma, «se estima el recurso, lo que comporta dejar sin efecto la declaración de divorcio y admitir la nulidad matrimonial y entiende razonablemente justificado que la causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial».

En fin, respecto a los efectos de nulidad dispone que «ninguno de los litigantes ha alegado, ni probado, mala fe y no hay elemento alguno que signifique prueba de dolo o reticencia por parte del esposo al contraer matrimonio. Ocultó una cualidad personal esencial, pero no se prueba que lo hiciera de mala fe. En las condiciones sociológicas del año 1975, es pausable no solo que tal condición generara contradicciones profundas al Sr. Fructuoso, sino también que el rechazo social hubiera supuesto una estigmatización. Por todo ello, la nulidad tendrá efectos a partir de la fecha de esta sentencia».

Ciertamente, en la presente resolución se parte que el error en las cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento tiene alcance anulatorio cuando, no solo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva, por lo que, es razonable entender que



de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial.

Por ello, tanto en el caso de error en la identidad del otro contrayente como en el de error en sus cualidades personales se emite una declaración que aunque defectuosa, es coincidente con la inicialmente querida en el fuero interno de quien la exterioriza. Como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio cuando es de especial trascendencia y determinante de la declaración de voluntad exteriorizada.

El travestismo se trata de una cualidad esencial o identificante y esta causa del error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial. Por lo que concluye que, el travestismo como causa de nulidad por tener tiene entidad objetiva de error. Además, el error en la cualidad personal no ha sido negado por el demandado reconconvencional y la prueba practicada lleva a la estimación que, efectivamente, concurrió.

Sobre tales bases, procede finalizar este apartado, destacando que el Código civil no se refiere en el artículo 73 al dolo o engaño como vicio del consentimiento, aunque, como señala la doctrina, puede ser reconducido al error-dolo (maquinaciones insidiosas)<sup>126</sup>.

### 3. COACCIÓN O MIEDO GRAVE

El artículo 73 del Código civil señala que es «nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave». Se incluye tanto la violencia o *vis absoluta* como la intimidación, coacción moral o *vis compulsiva*<sup>127</sup>. Para LACRUZ BERDEJO la coacción física (*vis compulsiva*) es «una violencia o fuerza material sobre los órganos de expresión externa para obtener un signo afirmativo de querer; la moral (*vis impulsiva*) es la presión psicológica que, mediante la amenaza, se ejerce sobre la voluntad y causa el miedo. Así, la violencia no da opción entre aceptar o no el matrimonio y supone, por tanto, ausencia de consentimiento; el miedo determina un consentimiento viciado. La coacción moral es físicamente irresistible; el miedo puede ser moralmente irresistible»<sup>128</sup>.

Al respecto, precisan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que «concorre un elemento objetivo o externo que, es la coacción o amenaza de un mal grave, inminente o futuro que, ha de causar otra persona y un elemento subjetivo o interno que es el temor, miedo o turbación del ánimo del *metus patiens* y que la constriñe a la celebración del matrimonio»<sup>129</sup>.

No se precisan los requisitos que han de concurrir para que la coacción o miedo grave puedan ser causa de nulidad matrimonial, por lo que se ha de recurrir a los que establecen los artículos 1267 y 1268 del Código civil en sede de contratos: 1. La amenazada de un mal inminente y grave; 2. Que se provoque un temor racional y fundado, un miedo grave; 3. El miedo ha de ser injusto; 4. La exteriorización de la amenaza que ha de provenir de otro cónyuge o un tercero; 5. Antijuricidad en el sentido que la acción intimidatoria no suponga el ejercicio de un derecho<sup>130</sup>. En todo caso, la causa del miedo ha de ser determinante de la prestación del consentimiento y la gravedad basta que lo sea en sentido subjetivo y objetivo<sup>131</sup>.

La coacción o amenaza puede provenir de persona distinta de la que sufre el vicio que, puede ser tanto del otro contrayente como de un tercero, y dirigirse a causar un mal inminente y grave en la persona del otro contrayente o intereses de otra persona sea o no pariente suyo (art. 1267 de Código civil). En todo caso,

para verificar el alcance anulatorio de este vicio ha de atenderse a las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la celebración del matrimonio<sup>132</sup>.

El temor reverencial, esto es, a desagradar a las personas a las que se debe sumisión o respeto, no tiene efectos invalidantes<sup>133</sup>. Si bien, como manifiestan LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS que, cuando en estos supuestos existe el elemento externo de la coacción o amenaza «aunque no sea de gran fuerza intimidatoria, como insistentes presiones, gestos desabridos, acciones hostiles, reiteradas muestras de contrariedad, etc., puede agravar dicha fuerza intimidatoria por la situación de reverencia o subordinación en que se encuentra el sujeto amenazado»<sup>134</sup>.

El artículo 76.2 del Código civil posibilita la convalidación del matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de haber cesado la fuerza o la causa del miedo. Si bien, al considerarse que la *vis absoluta* determina ausencia de consentimiento, no parece que, en este caso, se pueda convalidar el matrimonio al amparo de tal precepto<sup>135</sup>.

Ahora bien, aunque en el citado artículo se habla de caducidad de la acción, no estamos ante un supuesto de caducidad, sino de convalidación del matrimonio, si durante el periodo de un año tras el cese de la fuerza o la causa del miedo conviven ambos cónyuges. De todas formas, corresponde al cónyuge que demande la nulidad probar que no ha tenido lugar tal convalidación y por ende, la no operatividad de la presunción *iuris tantum* de vivir juntos los cónyuges prevista en el artículo 69 del Código civil.

#### IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS

El artículo 73 del Código civil, como expusimos en líneas precedentes, concreta las causas por las que se puede declarar nulo un matrimonio y son las siguientes:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial: ausencia de consentimiento en uno o en los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia de algún vicio<sup>136</sup>.
2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos —con efectos desde el 30 de junio de 2020—. Ahora se hace referencia «al que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos».
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

Este artículo 73 se refiere a que tales causas de nulidad «operan cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio»; si bien como excepción no puede la jurisdicción civil declarar la nulidad de un matrimonio canónico por defecto de forma, al ser competencia de los tribunales eclesiásticos, aunque su decisión tenga eficacia en el orden civil (art. 80 CC).

La acción de nulidad es siempre radical y absoluta<sup>137</sup>, lo que conlleva que la doctrina la califique de acción pública o semipública<sup>138</sup>, es también imprescripti-

ble, pudiendo ser ejercitada por los cónyuges en cualquier momento a lo largo de su vida y en algunos supuestos, tras su fallecimiento<sup>139</sup>, y declarativa —como la sentencia que la concreta—<sup>140</sup>.

El procedimiento de nulidad matrimonial es el regulado en el artículo 770 de la LEC, cualquiera que sea la causa de nulidad, no puede ser apreciado de oficio por el juez, sino que debe ser solicitado por la parte interesada. Debe intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal, aun no habiendo hijos menores de edad, ni incapacitados, ni lo sean los propios cónyuges (art. 749 de la LEC).

Si bien, en este supuesto de crisis matrimonial, a diferencia de otros como el divorcio y la separación, existe un menor juego a la autonomía de la voluntad; lo que no impide como señala DÍAZ MARTÍNEZ la existencia de acuerdos entre los cónyuges que han de ser homologados por el juez, y no formen parte del convenio regulador<sup>141</sup>.

Están legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad «los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» (art. 74 CC)<sup>142</sup>. Aunque se emplea el término cónyuges, no parece que se excluyan a los divorciados como legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad<sup>143</sup>. En cuanto a las personas con interés directo y legítimo, para GETE-ALONSO que el interés sea directo «supone que existe una dependencia o interrelación entre la existencia jurídica del matrimonio y un derecho»; y añade tercero interesado directamente es «todo aquel cuya situación jurídica puede resultar afectada por la existencia de la relación matrimonial cuya situación jurídica puede resultar afectada por la existencia de la relación matrimonial». De forma que, continúa la autora interés legítimo es «el que resulta fundado a tenor de las circunstancias concretas que concurran en cada caso. No se cualifica el contenido de este interés lo que conduce a entender que puede ser de cualquier índole: personal, moral o patrimonial. Tan interesado es un pariente, como el cónyuge del que se casó sin disolver su primer matrimonio; el cónyuge que pretende mantener la validez de su matrimonio, como el acreedor»<sup>144</sup>.

En este contexto, para DÍAZ MARTÍNEZ la excepción «interés legítimo» «ha de ser interpretada desde la óptica del artículo 24 de la CE y la doctrina del Tribunal Constitucional que lo aplica, de los que deriva la necesidad de llevar a cabo una interpretación amplia y extensiva del concepto, tomando como criterio rector el principio *pro actione*». En definitiva, para la autora «además de los propios cónyuges y el Ministerio Fiscal, están legitimados para demandar la nulidad de un matrimonio quienes dejaron de obtener un beneficio o ventaja o utilidad jurídica o sufrirían un daño sino se declara judicialmente»<sup>145</sup>.

En fin, el Ministerio Fiscal está legitimado en cuanto le corresponde actuar en los procesos relativos al estado civil en defensa de la legalidad y el interés público (art. 3.6 EOMF). De todas formas, en los procesos de nulidad matrimonial será siempre parte «aunque no haya sido el promotor de los mismos» (art. 749 de la LEC).

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde al otro cónyuge, si se ejercita la acción por uno de ellos o frente a los dos, si se ejercita por un tercero que no es cónyuge, o frente a uno, el sobreviviente, si el otro hubiera fallecido. Como hemos indicado, el Ministerio Fiscal ha de ser siempre parte en los procesos judiciales sobre nulidad matrimonial, aunque no lo haya promovido él, ni debe actuar en defensa de menores o incapacitados, por lo que la demanda ha de dirigirse contra él, si no es demandante<sup>146</sup>.

El objeto del proceso es indisponible «ni surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción» (art. 751.1 de la LEC) y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 de la LEC)<sup>147</sup>.

La regla general de legitimación activa indicada tiene una serie de especialidades. Así si la causa de nulidad fuera la falta de edad, mientras el contrayente, solo pueden ejercitar la acción de nulidad cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y en todo caso, el Ministerio Fiscal (art. 75.1 CC)<sup>148</sup>. Si la acción la ejercen los padres para que el desistimiento surta efecto necesita de la aprobación del Ministerio Fiscal, atendiendo al interés del menor (art. 751.2 de la LEC)<sup>149</sup>. En el caso de guardadores de hecho, ha de entenderse el ejercicio de la acción de nulidad como un acto que redunde en su utilidad<sup>150</sup>.

Si bien al llegar aquel contrayente menor a la mayoría de edad, solo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de alcanzada aquella (art. 75.2). En este caso, la legitimación corresponde únicamente al contrayente en quien no concurriera ese requisito de capacidad al tiempo de celebración del matrimonio<sup>151</sup>. En todo caso, puede convalidarse por la convivencia de los cónyuges durante un año después de alcanzada la mayoría de edad. Se trata de una convalidación *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial al operar sobre la base de la convivencia de ambos esposos durante un año<sup>152</sup>.

No obstante, se ha discutido en la doctrina el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año: 1. Para una parte debe entenderse que el año de convivencia ha de ser el siguiente a la mayoría de edad y transcurrida esta caduca<sup>153</sup>; 2. Considerar que la convivencia y la caducidad de la acción operan unidas, por lo que es preciso para la convalidación un año de convivencia en situación de mayoría de edad. Presupuesta la mayoría de edad, basta un año de convivencia. Por lo que, la convivencia y el plazo de un año son requisitos para que tenga lugar la convalidación que deben operar de forma simultánea, sin que la duración de la acción y la mayoría de edad funcionen de forma independiente<sup>154</sup>.

De todas formas, la convivencia debe ser real y continuada. Por otra parte, la convalidación puede darse incluso iniciado el proceso de nulidad matrimonial, siempre que no haya recaído sentencia, la no tener lugar la litispendencia, ni la preclusión de alegaciones<sup>155</sup>.

La convalidación supone la validez *ex tunc* del matrimonio celebrado. Por lo que, en este supuesto si no se convalida el matrimonio, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al no haberse producido la caducidad de la acción por el transcurso de un año. Lo cierto es que, como señala GETE-ALONSO «la convalidación del matrimonio no es un supuesto de confirmación sino que se distingue de esta, pues es siempre un acto bilateral frente a la unilateralidad de la confirmación (art. 1312 CC)»<sup>156</sup>.

En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76.1). No está legitimado para interponer la acción de nulidad el Ministerio Fiscal, por lo que habrá de ser demandado (art. 749 de la LEC). Ahora bien, se convalida el matrimonio, si los cónyuges hubiera vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo. De forma que, el plazo de un año se refiere a la duración de la convivencia y no a la caducidad de la acción. La acción sigue siendo imprescriptible, salvo si ha existido convalidación<sup>157</sup>.

Por lo que, tanto en este supuesto como en el anterior, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al carecer de plazo alguno de caducidad.

La declaración de nulidad del matrimonio tiene efectos *ex tunc* y priva de eficacia al matrimonio *ab initio*, como si no se hubiera celebrado<sup>158</sup>. La sentencia firme que, declara la nulidad del matrimonio se comunicará de oficio al Registro

Civil para la práctica de la correspondiente inscripción (755 de la LEC) en la que se expresará la cancelación de la de matrimonio (art. 263 apartado 2 del RRC). La sentencia tendrá efectos frente a todos desde que dicha inscripción se practique (art. 222.3 de la LEC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, el artículo 107 del Código civil dispone que «la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración», y añade en su apartado segundo —conforme a la redacción dada por la que la Ley 15/2015— que «la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado».

Sobre tales bases, cuando un matrimonio es nulo, no produce efecto alguno, como si no hubiera existido; no obstante, valen los efectos que con anterioridad se hubieran producido en cuanto a los hijos y al cónyuge o cónyuges de buena fe (matrimonio putativo). Al respecto, establece el artículo 79 del Código civil que «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». GETE-ALONSO establece como presupuesto para que opere el matrimonio putativo: 1. La presunción de buena fe en alguno de los cónyuges (...); 2. La existencia de una apariencia matrimonial (...). 3. Que exista una declaración judicial de nulidad del matrimonio: se ha dictado sentencia firme»<sup>159</sup>.

Respecto de los hijos, la declaración de nulidad matrimonial no modifica su situación, una vez determinada respecto de los cónyuges que, será en todo caso matrimonial. En cuanto al cónyuge de buena fe (o en su caso, ambos) se mantienen los «efectos ya producidos», atendiendo a la ineficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad —existencia de bienes gananciales, nacionalidad— no así otros como derecho de alimentos o derechos sucesorios, pues a partir de la declaración de nulidad dejan de ser cónyuges. Por buena fe entiende DE PABLO CONTRERAS «la ignorancia al contraer matrimonio de que existía causa por la cual el matrimonio ha sido declarado nulo»; si bien añade que «un sector de la doctrina defiende que, además, también cabe apreciarla en un sentido objetivo, cuando el cónyuge haya guardado un comportamiento jurídicamente correcto de tal modo que, ni se le pueda imputar el no haberse abstenido de celebrar el negocio inválido»<sup>160</sup>. La prueba de la mala fe corresponde a quien la alegue, pues, la buena fe se presume.

Ahora bien, en el régimen del Código civil, si el otro cónyuge fuera de mala fe, tendrá el cónyuge de buena fe derecho a la indemnización del artículo 98 del Código civil, se atiende a los mismos criterios previstos en el artículo 97 del Código civil<sup>161</sup>, y, asimismo, podrá optar porque su régimen económico matrimonial se liquide como de participación, sin que el contrayente de mala fe pueda participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 1395 CC)<sup>162</sup>.

Ahora bien, como señala LACRUZ BERDEJO «presupuestos constantes del nacimiento del derecho a indemnización son la declaración de nulidad, la buena fe del cónyuges y la convivencia» y añade que «la indemnización prevista en el artículo 98 del Código civil intenta compensar económicamente los inconvenientes de todo orden de la anómala situación personal en que se ha encontrado el cónyuge de buena fe conviviendo con otra persona en aras de un vínculo inexistente, con la consiguiente limitación personal que, para el cónyuge que ve desvanecer su situación de casado, la convivencia supone, por ser no cualificada y amparado por el vínculo matrimonial sobre la que precisamente quería establecerla»<sup>163</sup>. Igualmente, dispone GARCÍA CANTERO que para dar lugar a esta indemnización deben concurrir los requisitos siguientes: «1. Que el matrimonio haya sido decla-

rado nulo (...); 2. La buena fe unilateral; 3. Hace falta que los cónyuges hayan vivido juntos después de la celebración del matrimonio, no siendo suficiente la convivencia anterior; pero no se fija la duración de la misma; 4. Que concurren las circunstancias del artículo 97»<sup>164</sup>. En cuanto a su fundamento, indica RAGEL que «la indemnización al cónyuge de buena fe es una indemnización por la convivencia, por el esfuerzo dedicado a una relación que luego resultó invalidada por los tribunales y que ha privado al cónyuge de buena fe del tiempo necesario para encontrar trabajo o mejorar el que tenía, obtener una pensión o terminar unos estudios. En el supuesto que el otro cónyuge sea de mala fe, la solución legal tiene los perfiles de una sanción debido a su comportamiento desleal»<sup>165</sup>.

Por otra parte, el derecho de indemnización concedido por el artículo 98 del Código civil no es incompatible con el derecho a indemnización por otros daños morales y patrimoniales que, concede el artículo 1902 del Código civil<sup>166</sup>.

En fin, con respecto a las donaciones *propter nuptias* —otorgadas por razón del matrimonio— se debe distinguir entre las donaciones efectuadas por terceros y las donaciones otorgadas por los mismos contrayentes. En relación con las primeras, el artículo 1343.2 del Código civil la nulidad del matrimonio supone incumplimiento de cargas, si al cónyuge donatario le fueran imputables según la sentencia, los hechos que la causaron; y, en relación con las segundas, también se reputa incumplimiento de cargas la nulidad del matrimonio, si el donatario ha actuado de mala fe (art. 1343.3 CC).

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno), de 6 de noviembre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 1989.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 1998.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 1999.
- SAP A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 1999.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1999.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 1999.
- SAP Sevilla, secc. 5.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2000.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2001.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2001.
- SAP Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2002.
- SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 2002.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2002.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2002.
- SAP A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2003.
- SAP Málaga, secc. 7.<sup>a</sup>, Melilla, de 26 de diciembre de 2003.
- SAP Pontevedra, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2003.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2003.
- SAP Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2004.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2004.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2004.

- SAP Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2005.
- SAP Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, de 25 de enero de 2005.
- SAP Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2005.
- SAP Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 2 de junio de 2005.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2005.
- SAP Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, de 7 de julio de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2006.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2006.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2006.
- SAP Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2007.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2010.
- SAP Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2010.
- SAP Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 25 de septiembre de 2012.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 2013.
- SAP Almería, secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2014.
- SAP Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2016.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 12 de abril de 2016.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 1 de junio de 2016.
- SAP Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2018.
- SAP Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2020.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. (2010). La nulidad matrimonial, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, número 65, 128-152.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (1992). El error en el matrimonio, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona: Bosch.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). Comentario a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (1997). *El error en el matrimonio*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentarios a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch.



- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T. II*, Madrid: Edersa.
- (1993). Nulidad del matrimonio, *Actualidad Civil*, número 31, 30 de agosto, 535-554.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos.
- (1993). Comentarios a los artículos 73, 74, 75 y 76 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho. En: M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentarios al Código civil, T. II, vol. 1*, Barcelona: Bosch.
- MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: F. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson.
- RAGEL, L.F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 21-57.
- SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. I*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

## NOTAS

<sup>1</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.<sup>a</sup> edición, Madrid: Edisofer, 70.

<sup>2</sup> RTC 2012/198.

<sup>3</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El sistema matrimonial, *op. cit.*, 85.

<sup>4</sup> El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en su *disposición final segunda* ha modificado la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil pasando a tener la siguiente redacción: «La presente ley entrará en vigor el 30 de abril de 2021, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal que, entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1, 2 y 4, 64, 66 y 67.3 y la disposición adicional novena en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles».

<sup>5</sup> Si bien, el artículo 58.2 de la LRC de 2011 atribuye la competencia para tramitar el expediente del matrimonio en forma civil, al secretario del ayuntamiento y, de ser en el extranjero, al cónsul encargado de la oficina del Registro Civil.

<sup>6</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: M. Albadejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T. II*, Madrid: Edersa, 204.

<sup>7</sup> BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup>. A. (2010). La nulidad matrimonial, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 45.

<sup>8</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil*, VI Derecho de familia, decimoséptima edición, Madrid: Marcial Pons, 74.

Por su parte, RAGEL, L. F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid: Reus, 5, entiende que la nulidad matrimonial es «la declaración judicial que se realiza cuando un matrimonio no reúne las mínimas condiciones legales exigibles para que pueda perfeccionarse ni conservarse su eficacia, por incurrir en un grave defecto o evidenciar una carencia de consentimiento, aptitud o forma».

<sup>9</sup> Así GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *Comentarios a las reformas del derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, 368 agrupa en tres grandes apartados las causas de nulidad descritas en el artículo 73 del Código civil: «1. Aquellas cuyo origen radica en la propia definición del matrimonio como consentimiento (art. 45.1): su ausencia y los vicios que le pueden afectar (error, coacción o miedo grave) artículo 73.1, 4 y 5; 2. Las que afectan, genéricamente, a la capacidad de los contrayentes: artículos 73.2, 46 y 47; 3. Las que refieren al modo de exteriorización del consentimiento, la forma artículo 73.3». Por su parte, DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. I*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 456, concreta las siguientes causas de nulidad: «1. La no concurrencia en cualquiera de los cónyuges de los requisitos de capacidad que exige el artículo 46, lo cual impide la válida prestación del consentimiento matrimonial, o la presencia de alguno de los impedimentos que enuncia el artículo 47 lo que hace inválidos ciertos matrimonios; en ambos casos, salvo dispensa previa o ulterior de los que son dispensables (art. 73.2 CC); 2. La ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia en el prestado de un vicio que haga que aquel no sea plenamente consciente o plenamente libre (art. 73.1, 4 y 5 CC); 3. La no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (art. 73.1 CC)». Por su parte, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentarios al artículo 73

del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 803 destaca que «en la práctica y bastante excepcionales los problemas de la falta de capacidad de los contrayentes (entre los comúnmente conocidos, por influencia canónica, como impedimentos, apenas es destacable el vínculo o ligamen anterior en matrimonios en que hay algún elemento de extranjería y no se tiene seguridad sobre la disolución de aquel), es la falta de consentimiento o la prestación de uno viciado el principal motivo de nulidad matrimonial».

<sup>10</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio. En: J. Rams Albasa (coord.), *Comentarios al Código civil, T. II, vol. 1*, Barcelona: Bosch, 696; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 55.

<sup>11</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.ªC. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Codérch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 325; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 368.

<sup>12</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 801; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 56.

<sup>13</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 694.

<sup>14</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *Actualidad Civil*, número 31, 30 de agosto, 537-538.

<sup>15</sup> JUR 2020/46607.

<sup>16</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 556.

<sup>17</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho civil, T. IV Derecho de Familia* 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 115.

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albasa, Madrid: Dykinson, 39.

<sup>19</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.ª ed., Madrid: Tecnos, 63.

En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia define el matrimonio como «acto o matrimonio *in fieri*», es aquel negocio bilateral que da lugar a la relación jurídica matrimonial o matrimonio *in facto esse*. En tanto que negocio jurídico la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio *in fieri* por constituir la fuente de la relación jurídica, relación tipificada por el fin práctico definido para la misma por el ordenamiento jurídico, lo que supone que es el objeto y la causa del matrimonio están fijados de forma invariable y estricta por la Ley» (6331).

<sup>20</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, *op. cit.*, 63.

<sup>21</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 565-566.

<sup>22</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 125.

<sup>23</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). «La celebración del matrimonio», *op. cit.*, 571.

<sup>24</sup> *Id.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 noviembre 2017 (*RJ* 2017, 4760); y, 7 marzo 2018 (*RJ* 2018, 934).

<sup>25</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero, 51, señala, acertadamente que «no quedan claras cuáles son esas medidas de apoyo que una vez proporcionadas se revelan insuficientes para que el contrayente pueda prestar el consentimiento matrimonial como hipótesis que *in extremis* legitime la petición de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento».

Por su parte, en artículo 212-6.1 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil establece en relación con el consentimiento matrimonial que: «1. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial; 2. Si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico (...).». Resultan de gran utilidad las pruebas que se proponen en esta propuesta de Código civil como la entrevista personal y la audiencia del entorno más próximo.

<sup>26</sup> RJ 2018, 1478.

<sup>27</sup> Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Javier ARROYO FIESTAS en base a los siguientes argumentos: 1. Que la persona informada padece una enfermedad físico psíquica denominada ENFERMEDAD DE ALZHEIMER de etiología degenerativa con atrofia cerebral según RNM agravada por infarto cerebral. 2. Que dicha enfermedad es persistente e irreversible en tiempo. 3. Que le producen alteraciones mentales que repercuten sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar, esto es, presenta alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión. 4. Que la complejidad de obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas. 5. En consecuencia, debe considerarse como psíquicamente NO CAPAZ del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a TUTELA. 6. En el referido informe consta que en mayo de 2009, se perdía en la calle, que padecía atrofia cerebral, agravada por infarto cerebral, no puede responder a preguntas sencillas, no sabía coger el bolígrafo, «que la complejidad de las obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales desbordan por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas». El informe forense concluye que es «no capaz del gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada por lo que procederá someterle a tutela». 7. Se refleja en la sentencia de esta sala que ni Dña. Dulce ni los testigos de la boda, informaron al Cónsul español ni al funcionario chino que presidieron el matrimonio civil, de la enfermedad de Alzheimer de la que estaba aquejado D. Álvaro. 8. El matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el proceso de incapacidad. 9. Dado el carácter degenerativo de la enfermedad de Alzheimer, no era posible, cuando contrajo matrimonio ante el Cónsul, que su capacidad hubiese mejorado.

A la vista de lo expuesto, considera que, de acuerdo con los artículos 45, 56 y 73 del Código civil, D. Álvaro no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. El problema de D. Álvaro no era solo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad in genere sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros.

En conclusión, el magistrado que formula el presente voto particular entiende que, el recurso de casación interpuesto debió ser desestimado, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

<sup>28</sup> Hay que tener en cuenta que, nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo, ni en consecuencia prevé que, la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 del *Code Civil* belga; y en el Derecho francés, según los casos, el artículo 460 del *Code* exige la autorización del juez, del curador o del consejo de familia).

<sup>29</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2.º del Código civil, *op. cit.*, 51 y 54-55, después de afirmar el artículo 56.2 del Código civil atribuye al dictamen médico, el carácter de excepcional y el calificativo de subsidiario para el caso de que dicha condición

de salud pueda impedir al futuro contrayente prestar consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, critica tales calificaciones y considera esencial que se diese especial virtualidad a tal dictamen médico en lo referente al control inicial de la capacidad para consentir y, a lo que añade que, «serían instrumentos de gran utilidad a tal fin, la entrevista personal de la persona afectada por dicha discapacidad, la audiencia del entorno más próximo, en particular, de su tutor, curador o guardador de hecho, sin olvidar la importancia del informe social». Y considera, asimismo, que «hubiera sido clarificador, a tal fin, que se hubiera atribuido competencia para emitir dicho dictamen a un médico especialista en esta materia, ya sea psiquiatra o neurólogo, como viene reclamando la doctrina desde hace tiempo, pues todo ello proporcionaría una salvaguardia y protección mayores».

<sup>30</sup> En línea también con los postulados de la Convención de las Naciones Unidas y en relación con la capacidad de testar de un incapacitado judicialmente conforme al artículo 665 del Código civil, aplicando el principio *favor testamenti* y la presunción general de capacidad de todo mayor de edad se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1090) siendo la misma ponente de esta sentencia que, la analizada en este estudio relativa al matrimonio —Excma. Sra. D.<sup>a</sup>, M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN—.

<sup>31</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, 2 octubre 2000 (*JUR* 2001/163688).

<sup>32</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 57.

<sup>33</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 115.

<sup>34</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73. Para MIRALLES SÁNCHEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson, 195, conceptúa el consentimiento matrimonial «la voluntad libre y conscientemente declarada, realizada por una persona con la voluntad de constituir el vínculo matrimonial».

<sup>35</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M., y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 692.

<sup>36</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 131.

<sup>37</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre 1997 (*AC* 1997, 2022).

<sup>38</sup> Para SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 58, «es una solución extraña, pues, si se considera al matrimonio como un negocio puro, como así hace nuestro legislador, la existencia de condición, término o modo no podrían acarrear otra consecuencia que no fuera su nulidad».

<sup>39</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.<sup>a</sup> (Melilla), de 26 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 60416) ha habido una total discordancia entre la voluntad real y la manifestada, creando una apariencia de matrimonio. Estamos, pues, ante lo que se denomina simulación absoluta que produce la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento. El esposo/demandado no quiere contraer matrimonio y solo se casó a los efectos de echar una especie de pulso o mantener una actitud de rebeldía frente a su familia ya que ambos cónyuges y sus respectivas familias son de religión diferente, no teniendo la intención de compartir su vida con persona de otra religión, pues, incluso el mismo día de la celebración del matrimonio, tras la ceremonia, cada contrayente volvió a casa de sus respectivas familias; asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721) hay simulación matrimonial porque ambos cónyuges contrajeron matrimonio con una finalidad distinta a la propia institución.

<sup>40</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134; LACRUZ BEDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 51; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil. En: Fco. Lledó Yagüe y A. Sánchez Sánchez (dirs.), O. Monje Balmaseda (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, T. I Parte sustantiva*, Madrid: Dykinson, 197, precisa

que la simulación supone «la privación o modificación de los efectos esenciales del matrimonio, llevada a cabo por pacto entre los contrayentes (acuerdo simulatorio). Se requiere que los que aparentan celebrar el matrimonio tengan la intención fraudulenta de engañar a los demás, de no aceptar los fines o las obligaciones derivadas del matrimonio, creando una apariencia matrimonial». *Vid.* asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 1 febrero 2005 (*JUR* 2005, 81347); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.<sup>a</sup>, de 6 junio 2013 (*JUR* 2013, 211268).

<sup>41</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 63.

<sup>42</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 803.

<sup>43</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup>C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 375.

En esta línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho. En: M. Linacero de la Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 134, un matrimonio es simulado «cuando los contrayentes de común acuerdo *consilium simulationis* y bajo la apariencia de celebrar un matrimonio, excluyen deliberadamente los efectos propios el estado civil de casado».

<sup>44</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). «De la nulidad del matrimonio», *op. cit.*, 708.

<sup>45</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28385) que señala, al respecto, que existe simulación cuando los cónyuges mediante pacto, excluyen los efectos esenciales del matrimonio, o los modifica tan sustancialmente que el matrimonio se queda en un puro nombre: supone la utilización del matrimonio como medio para alcanzar un efecto que se deriva de éste; la simulación matrimonial es siempre absoluta y no relativa, porque no coexisten simultáneamente dos negocios aunque, como se ha dicho, mediante la simulación pretenda alcanzarse una determinada finalidad.

<sup>46</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64.

<sup>47</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134-135.

<sup>48</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 708.

<sup>49</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 135.

<sup>50</sup> CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, 57; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup>C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 325-326; de la misma autora, Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 375; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 135; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 197. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2002 (*AC* 2002, 1470) la simulación es causa de nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento siempre que la simulación sea absoluta y requiere del acuerdo simulatorio, es decir, de pacto entre los contrayentes mediante el que se excluye los efectos mínimos o se modifique de manera tal sustancial que se quede en la mera apariencia; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28385) la simulación matrimonial es siempre absoluta y no relativa porque no coexisten simultáneamente dos negocios, aunque como se ha dicho mediante la simulación pretende alcanzarse una determinada finalidad.

<sup>51</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2002 (*AC* 2002, 1470); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721).

En la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los matrimonios de complacencia, 6336-6337, «las “presunciones homini” constituyen, en defecto de pruebas directas, un mecanismo legal que permite deducir, a partir de ciertos datos o indicios (hecho base), la existencia de un “hecho presunto”, en el caso



que ahora nos interesa la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la ley española, esto es, si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminados por la ley. Los “datos de hecho objetivos” (hecho base) que deben emplearse para acreditar la existencia o inexistencia de auténtico consentimiento matrimonial a través de las “presunciones”, pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes y/o terceras personas, de cualquier otra información escrita y de cualesquiera otros datos obtenidos durante una investigación. La determinación y valoración de estos “hechos objetivos”, se ha de realizarse en forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado, se ha de garantizar el pleno respecto al «*ius nubendi*» como derecho fundamental de las personas y, por otro lado, se ha de evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta en los casos en que el consentimiento matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase.

<sup>52</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 1 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 81347); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 7 de julio de 2005 (*AC* 2005, 1572); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 26 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 82721).

<sup>53</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 30 de abril de 1999 (*AC* 1999, 5865); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 4 de junio de 1999 (*AC* 1999, 1313); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 27 marzo 2000 (*AC* 2000, 531); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 7 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 201481); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 196554); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 28 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 20 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 72098); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de mayo de 2007 (*AC* 2007, 2191); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 220164); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 183580); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de diciembre de 2010 (*AC* 2011, 1862); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.ª, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1192); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, de 3 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 291049); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 20 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 992); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 908); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 12 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 2390); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70958).

<sup>54</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 122091).

<sup>55</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 586; del mismo autor, La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64. En esta línea, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 803. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155630); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 2 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 1770); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 31 de marzo de 2006 (*AC* 2006, 1273); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 18 septiembre 2012 (*JUR* 2014, 152305); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 26 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 363); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, de 30 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 98543); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, de 30 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 98543); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 11 de enero de 2016 (*AC* 2016, 470); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 30 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 1041).

<sup>56</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 709.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 149727) el matrimonio contraído bajo reserva mental comporta



una falta de consentimiento, pues, la parte que incurre en dicha falta quiere el matrimonio pero se reserva y oculta a la otra sus efectos, habiendo una clara discordancia consciente entre la voluntad y declaración; discordancia que oculta a la otra parte al silenciar que se expresa en términos distintos de la verdadera voluntad.

<sup>57</sup> AC 1999, 2588. En este sentido, *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.<sup>a</sup>, de 13 de diciembre de 2002 (AC 2002, 1959); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2004 (JUR 2004, 207741); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 1143); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 2 de junio de 2005 (JUR 2005, 1770); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2006 (AC 2006, 1273); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 25 de septiembre de 2012 (JUR 2012/369587); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 98543).

<sup>58</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2012 (AC 2013, 363) pretensión única por parte de la contrayente de nacionalidad marroquí de legalizar su situación en España. Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002, 201481) falta de acreditación de la celebración del matrimonio para adquirir la nacionalidad española; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2003 (AC 2004, 86) falta de acreditación de la intención única de la esposa de abandonar Cuba, relación epistolar previa.

<sup>59</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64. Asimismo, *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 165421).

<sup>60</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 804.

<sup>61</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 218; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 64-65.

<sup>62</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora, (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 376, señala, al respecto que «cierto que el que actúa con reserva mental no presta un consentimiento verdadero; cierto que los principios de responsabilidad, confianza y buena fe que se aplican a los contratos al hablar de este vicio no son trasladables al matrimonio. Pero no ha de perderse de vista una cosa es la falta de consentimiento porque así ha sido querido por ambas partes y otra que la validez del matrimonio penda de una de las partes «ad infinitum».

<sup>63</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; del mismo autor (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 58; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 127.

<sup>64</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 2002 (JUR 2002, 126479).

<sup>65</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 83.

<sup>66</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 85.

<sup>67</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807; LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 712; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 191; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona: Bosch, 259; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 74.

<sup>68</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544.

<sup>69</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73. En la misma línea, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 188, habla de ignorancia del significado del matrimonio.

<sup>70</sup> MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196.

<sup>71</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 73; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 806.

<sup>72</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 383; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 464; del mismo autor (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 128; LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). «De la nulidad del matrimonio», *op. cit.*, 711.

<sup>73</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 211-212.

<sup>74</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) entiende por cualidades personales «las características física y psíquicas que integran la personalidad del individuo, con su ineludible proyección en las relaciones sociales; por ello alcanzan una singular repercusión en la celebración del contrato matrimonial»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2010 (JUR 2010, 105270) dispone que en las cualidades personales se está contemplando las características interiores o internas, las endógenas o que no pueden apreciarse por signos externos de uno de los contrayentes, entre las que no puede incluirse el ejercicio de una profesión sin título habilitante para ello, incluso con lo que esto puede representar en cuanto a la falta de honradez del que así la ejerce, como se infiere, sin duda de que cualidad es sinónimo de propiedad, atributo, condición, naturaleza, peculiaridad, todas ellas cualidades o aspectos interiores o intrínsecos de la persona, a diferencia del ejercicio de una profesión que es un distintivo exógeno que se manifiesta externamente, aunque unas y otras puedan contribuir al desarrollo de la personalidad.

<sup>75</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

<sup>76</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807. Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1987 (RJ 1987, 5459); y, de 18 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6318).

<sup>77</sup> JUR 2006/253511. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2018 (AC 2018, 1321).

<sup>78</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 259-260.

<sup>79</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

<sup>80</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

<sup>81</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 89.

<sup>82</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 450); y, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) se requiere una cierta importancia objetiva de tales cualidades que habrán de ser configuradoras de la personalidad del contrayente; y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2006 (JUR 2006, 253511).

<sup>83</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 86. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696).

<sup>84</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133; COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 260-261. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799).

<sup>85</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 713.

<sup>86</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 807.

<sup>87</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 87.

<sup>88</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

<sup>89</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, *op. cit.*, 213.

<sup>90</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 712.

Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 133 y 191 señala que «el error en las cualidades personales debe entenderse en un sentido restrictivo y limitado a aquellas cualidades que objetivamente y según la conciencia social y moral se pueden considerar como determinantes de la prestación del consentimiento (v.gr. la ignorancia sobre la homosexualidad del otro contrayente o una enfermedad mental grave, condena penal por malos tratos en una relación anterior)»; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 544 alude a la impotencia *coeundi*, la enfermedad mental en general y la depresión neurótica detectada después del casamiento, el embarazo anterior de la esposa, el cambio repentino de personalidad, la ocultación de antecedentes penales, las circunstancias económicas-profesionales y la situación de ilegalidad en España; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196-197, incluye como supuestos en los que puede apreciarse un indudable error en las cualidades «aquellos en los que las deficiencias o anomalías psíquicas no impiden la prestación del consentimiento, los casos de toxicomanía, impotencia, existencia de enfermedad infecciosa, el haberse sometido a una operación de cambio de sexo (con rectificación registral)»; en fin, COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 262, alude a diversas causas como el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales que pueden ser invocadas como error en las cualidades del otro cónyuge. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999, 6598) se refiere a las enfermedades mentales o físicas, contagiosas o incapacitantes para la procreación o transmisibles a la prole, la frigidez, la homosexualidad o la indiferencia, o implica en el otro la asunción de un gravamen personal demasiado pesado —caso de enfermedades degenerativas latentes de curso irremediable, de tal forma que de haberse conocido no se habría prestado el consentimiento—; y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2000 (AC 2000, 4715) alude a la enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible.

<sup>91</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2002 (AC 2002/787); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2005 (AC 2005/2048).

<sup>92</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 88.

<sup>93</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 384.

<sup>94</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 450) no puede integrarse en el error en las cualidades personales las condiciones o circunstancias profesionales del demandado, como tampoco las económicas; y, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) es doctrina unánime que no merece la consideración de cualidades personales, las condiciones profesionales, económicas e incluso las sociales del otro consorte; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003, 433) se excluyen aquellas condiciones de carácter profesional, económico e incluso de índole social del otro consorte; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2005 (JUR 2005, 42283) no cualquier error en la personalidad de uno de los contrayentes da derecho al otro a alegar la nulidad por engaño, puesto que no es posible deducir que este haya sido engañado porque la esposa no le dijera con exactitud cuál era su expediente académico.

<sup>95</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (1997). *El error en el matrimonio*, *op. cit.*, 212. En esta línea, COBACHO GÓMEZ, J.A. (1992). El error en el matrimonio, *op. cit.*, 261 señala que no debe tener relevancia el error en cuanto a la profesión, inteligencia, situación económica y belleza física, etc.

<sup>96</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 88; BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 75; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Parejas de hecho, *op. cit.*, 192; MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 196. *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2002 (AC 2002/787); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2002 (AC 2003, 433) resulta necesario valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges en el periodo de relaciones mantenidas durante el noviazgo; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2006 (JUR 2006, 253511); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696).

<sup>97</sup> BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 75.

<sup>98</sup> RJ 1987/5459.

<sup>99</sup> SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 90. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2005 (JUR 2005, 42283).

<sup>100</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2002 (AC 2002, 787).

<sup>101</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003, 433).

<sup>102</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) se requiere una cierta importancia objetiva de tales cualidades que, habrán de ser configuradoras de la personalidad del contrayente. Referencia a errores que por su singular importancia hubiesen viciado plenamente el consentimiento; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2003 (AC 2003, 1118) señala, al respecto que, las causas de nulidad tienen carácter subjetivo desde el punto de vista del consentimiento y, objetivo desde la perspectiva de la convivencia.

<sup>103</sup> MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 197; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 465.

<sup>104</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 713.

<sup>105</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6318) falta de prueba de la enajenación mental en el momento de contraer matrimonio; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 1999 (AC 1999, 1054) falta de prueba suficiente por la actora de la condición de alcoholismo y drogadicción o enfermedad mental del esposo, así como su falta de conocimiento antes del matrimonio, pues resulta extraño que la esposa a pesar del corto noviazgo que dice que tuvo con el demandado, no se hubiera dado cuenta en ese tiempo de los graves vicios del alcoholismo y drogadicción que atribuyo después a su marido, al tratarse de dolencias o estados crónicos. Lo normal es que se hubiera mostrado en un periodo mínimo de trato y convivencia y que la actora por lo menos los hubiera vislumbrado o notado y pudiese así decidir con cierto grado de libertad en cuanto a la consecuencia de su unión matrimonial con él; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 1999 (AC 1999, 7799) insuficiencia de la prueba aportada por el actor de los hechos constitutivos de su pretensión. Insuficiencia de la prueba aportada por el actor tanto en orden a la justificación de las anomalías psíquicas denunciadas en relación a su esposa, en su condición de coetáneas a la prestación del consentimiento matrimonial, como en lo concerniente a su invocado desconocimiento entonces por el esposo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2005 (JUR 2005, 122091) no procede error en las cualidades personales, las alteraciones psíquicas graves al no resultar acreditadas; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 79133) falta de precisión en la demanda de las cualidades de la demandada sobre las que recayó el error; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39696) falta de acreditación sobre el desconocimiento de la condición de transexual de su esposa. No deja de llamar la atención que el Sr. Luis Alberto que ya había pasado por un anterior matrimonio del que existe descendencia, no percibiera nada extraño en el aspecto físico o en el comportamiento psicológico de su

esposa, llegando a manifestar de modo sorprendente que, al conocer en el mes de octubre de 2005 su condición de transexual, es cuando se dio cuenta que, durante los seis meses en que estuvieron casados, aquella no había tenido el periodo menstrual; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 20 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 311869) desestimación falta de prueba del error en las cualidades personales del contrayente, que fueran determinante de la prestación del consentimiento, al no haberse puesto de manifiesto a que cualidades se refiere, ni en qué ha consistido el error; ni probar lo alegado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 19 de junio de 2015 (*AC* 2015, 957) desestimación de error en las cualidades personales el conocimiento por la esposa de las dolencias y antecedentes clínicos del esposo; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de abril de 2016 (*AC* 2016, 818) acreditación que el esposo conoce la enfermedad de la esposa, no importándole y estando dispuesto a cuidarla y ayudarla a superarla, sin que fuera obstáculo para la inscripción. No procede error en las cualidades personales; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 1 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1138) falta de prueba del ejercicio de la prostitución de la esposa durante el matrimonio.

<sup>106</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 10 de enero de 2006 (*AC* 2006, 614).

<sup>107</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 105270).

<sup>108</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 6.ª, de 30 de junio de 2000 (*JUR* 2000, 284914).

<sup>109</sup> *AC* 2001/2573.

<sup>110</sup> *JUR* 2010/356837.

<sup>111</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 21 de julio de 2000 (*AC* 2000, 4715).

<sup>112</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 4 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 6598).

<sup>113</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 222903).

<sup>114</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 211624).

<sup>115</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1005); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 23 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 2080).

<sup>116</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 10 de enero de 2006 (*AC* 2006, 614).

<sup>117</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 28 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 2048).

<sup>118</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.ª, de 26 de febrero de 2003 (*AC* 2003, 433). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 13 de julio de 1999 (*AC* 1999, 7799) alude a la existencia de anomalías de carácter físico o psíquico; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.ª, de 28 de enero de 2002 (*AC* 2002, 787) esquizofrenia. Eficacia jurídica de esta perturbación anímica sobre la consciencia y la voluntad; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 222903) se refiere a supuestos como enfermedades físicas o mentales importantes. Se trata de patologías que incapacitan para la procreación u otros supuestos que de haberse conocido hubieran evitado la prestación del consentimiento.

<sup>119</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 253437).

<sup>120</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 25 de enero de 2005 (*AC* 2005, 873).

<sup>121</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de febrero de 1995 (*AC* 1995, 858); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 14 de noviembre de 2001 (*AC* 2001, 2509); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 19 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 75571).

<sup>122</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2003 (AC 2003, 1118).

<sup>123</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2006 (*JUR* 2006, 253511).

<sup>124</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2018 (AC 2018, 1321).

<sup>125</sup> *JUR* 2020/46607. Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: el día 4 de octubre de 2017 el Dr. Fructuoso presentó demanda en la que pide el divorcio. Relata que, casados los litigantes en 1975 y con dos hijas, ya mayores de edad, la esposa se ha quedado en la vivienda familiar; pero no tiene atribución de uso, en aras a la división de la cosa común. Añade que, no hay desequilibrio que pueda generar derecho a pensión compensatoria. La demandada contesta y dice que el esposo le ha ocultado siempre que era travesti. Pide el uso de la vivienda familiar; una pensión compensatoria de 500 euros al mes durante 3 años (argumenta que el coste de mantenimiento de las dos viviendas es muy diferente, que el esposo rescató 20.000 euros de un seguro de ahorro común y que la vivienda familiar necesita obras de acondicionamiento; y dice que su pensión es menor que la del esposo). Reconviene para pedir la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del esposo (art. 73.4 CC), por desconocer la identidad femenina de su esposo. Acumula la acción de división de la cosa común (dos inmuebles, colección de trenes eléctricos, ahorros en fondos de inversión, seguro de ahorro) y propone dos lotes. El actor se opone a la reconvencción y dice que en julio de 2014 la esposa ya supo de su condición y han pasado tres años, por lo que la acción ha caducado, al haber convivido más de un año después de conocido el error (art. 76 CC). Rechaza la asignación del uso de la vivienda a la contraria (sostiene que él es el más necesitado de protección dice ganar menos de 3.642 euros frente a 2.431) y no admite la comparación de gastos entre fincas, no haberse quedado el capital rescatado del seguro (sostiene que se aplicó a gastos familiares). Está de acuerdo con los lotes de inmuebles (incluye los ajuares), pero no con un pago complementario a su valor por la diferencia de precio del piso (95.625 euros), con uso a favor de la esposa hasta su venta y excluye la colección de trenes en miniatura (comprados antes de la convivencia en gran medida y con su propio peculio), el fondo de inversión rescatado y gastado en cargas familiares, las obras del inmueble (pagadas a medias) y las del otro inmueble (pagadas por él) y son consideración de futuras obras. El Ministerio Fiscal contesta a la demanda reconvenccional y se remite al resultado de las pruebas. En conclusiones, dice que el error sobre la cualidad personal (travestismo) no es suficientemente severo. No considera, sin embargo, caduca la acción porque el hecho se supo en julio de 2014 y en octubre el esposo dejó la vivienda, aunque aparentaran después convivencia por razones familiares.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barcelona, número 18, de 22 de diciembre de 2018 tras cita de diversas sentencias, entiende que el ser travesti era una condición latente en el momento del matrimonio, que se desarrolló después. Sostiene que no tiene entidad objetiva de error y que no ha condicionado la vida de pareja y que desde la «confesión» del año 2014 las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares, por lo que ha caducado la acción, convalidada por consentimiento matrimonial. Estima la acción de divorcio, atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta división que, acuerda con remisión al procedimiento correspondiente y fijando como bienes los dos inmuebles, deniegue la pensión compensatoria y desestima la acción de nulidad matrimonial.

La recurrente sostiene que la sentencia es incoherente, pues, si el error no era suficiente, no debía analizarse la convalidación del matrimonio. Destaca que el error en la cualidad personal no es negado de contrario. Añade que, concurre error en la apreciación de la prueba y que hay error en una cualidad esencial y predica su subjetiva apreciación como válida (la decisión del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval). Sostiene que no se cumple la condición de convivencia durante un año después del descubrimiento, esta se rompió y que no caduca la acción, rota la convivencia, siendo el plazo de 4 años (art. 1301 CC). Cita la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1989. Destaca que las fotografías responden al deseo de no perjudicar a las nietas e hijas, pero no prueban convivencia marital. Insiste en reclamar la pensión compensatoria y en la conformación de



los lotes y en la división de bienes, como reclamó. El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia. Considera que la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial, lo valora subjetivamente la actora y se ha convalidado con la convivencia, caducando la acción por el paso de un año. La parte apelada se opone al recurso, defiende los argumentos de la sentencia y dice que la acción ha caducado y que persistió la vida de pareja durante más de un año. Rechaza también las pretensiones complementarias.

<sup>126</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 385; de la misma autora (1993). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 326; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 5901) los hechos expuestos y los demás probados revelan una conducta del recurrente que ha de ser calificada de dolosamente grave, pues si bien la Sala de instancia ha de apreciar los hechos que constituyen el dolo, esto es, un concepto jurídico que este tribunal de casación revisa para llegar a la misma conclusión que la Sala a quo —Sentencias de 31 de mayo de 1961 (*RJ* 1961, 3001), de 8 de febrero de 1955 (*RJ* 1955, 342) y otras— puesto que el recurrente se sirvió un matrimonio para lograr sus apetencias sexuales exclusivamente, circunstancia que de haber sido conocidas por la contrayente recurrida, hubiera impedido la celebración de la boda; y, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6410) engaño de la esposa haciendo creer al marido que todavía tenía edad para engendrar hijos; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2001 (*AC* 2001/2509) engaño de la demandada, pues, el consentimiento fue otorgado por el demandante en la creencia que el hijo que esperaba la futura esposa era suyo; y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2005 (*JUR* 2005/42283) no cualquier error en las cualidades personales de uno de los contrayentes da derecho al otro a otorgar la nulidad por engaño, puesto que no es posible deducir que este ha sido engañado porque la esposa no le dijera con exactitud cuál era su expediente académico, ni que el fin que movió a la esposa a casarse fue el económico, ni porque no le dijera que había tenido una aventura amorosa.

<sup>127</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 129; del mismo autor (2016). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 465; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 387; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad de matrimonio, *op. cit.*, 545; LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Pareja de hecho, *op. cit.*, 192, también precisa que existe intimidación cuando se induce a otra persona a emitir una declaración de voluntad, amenazándole injustamente, con un mal grave si no lo emite. La intimidación (vis relativa) significa coacción moral y vicia la voluntad (134). *Vid.*, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de junio de 2003 (*JUR* 2004, 2118); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2003 (*AC* 2003/1040).

<sup>128</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 53.

<sup>129</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 713.

<sup>130</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1984). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 388; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 74; LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 714.

<sup>131</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 53.

<sup>132</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 810.

<sup>133</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.<sup>a</sup> (Melilla), de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/108844).

<sup>134</sup> LÓPEZ DE ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). Comentario al artículo 73 del Código civil, *op. cit.*, 714.

<sup>135</sup> En esta línea, DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 147.



<sup>136</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 julio 2004 (*RJ* 2004/4297) consentimiento otorgado por contrayente con trastorno depresivo en fase aguda y de extrema gravedad que, reduce su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas que, le impiden tomar decisiones.

<sup>137</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Cordech, *Comentario del Código civil*, vol. I, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 327. En contra, GARCÍA CANTERO, G (1982). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 208-209 que distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad.

<sup>138</sup> BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A. (2010). La nulidad matrimonial, *op. cit.*, 80.

<sup>139</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: R. Bercovitz, *Comentarios al Código civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 815.

<sup>140</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 143.

<sup>141</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 802.

<sup>142</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 abril 2001 (*RJ* 2002, 1400) legitimación activa del tutor de la hermana ya fallecida.

<sup>143</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 816, entiende que debería darse cauce a los divorciados como personas con interés legítimo, si bien añade que «en todo caso, no debe olvidarse que, el Código civil utiliza, en algunas ocasiones, la palabra cónyuges para referirse a quienes lo fueron antes del divorcio, sin emplear nunca la más coloquial ex cónyuges».

<sup>144</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 327 y 328; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 392. En esta línea, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 201 interés que, se entiende directo y legítimo «cuando existe una dependencia o relación entre la existencia de un matrimonio y el derecho que el interesado ostenta».

<sup>145</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 817-818.

Así, señalan que tiene legitimación activa la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 abril 2001 (*RJ* 2002, 1400) el tutor de la hermana ya fallecida; sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 9 de noviembre de 2000 (*AC* 2000, 2418) entiende que falta legitimación de la hermana en calidad de tutora por la finalización de su función como tutor con la muerte de su hermana. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de noviembre de 2003 (*AC* 2004, 86) indica que, tienen legitimación activa los hermanos del marido fallecido; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 92883) se trata de una acción ejercitada por la hermana del esposo que contrajo matrimonio en artículo *mortis*. También se considera que tiene interés directo y legítimo para interponer la acción de nulidad la primera esposa que solicita la declaración de nulidad del segundo matrimonio contraído por su esposo sin haber disuelto el primero; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2009 (*JUR* 2010, 31490) que, tras su fallecimiento ha continuado la acción su hijo don Juan Luis. En contra de esta legitimación activa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 5 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 1023) que considera que en este supuesto tiene falta de legitimación la esposa. En fin, se entiende que no tiene legitimación activa la acción ejercida por el hijo del matrimonio una vez disuelto este por la muerte de uno de los cónyuges, pues hay extinción de la legitimación para impugnar el matrimonio.

<sup>146</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 74 del Código civil, *op. cit.*, 819.

<sup>147</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 459.

<sup>148</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460 manifiesta que «la legitimación de los padres o tutores es extraordinaria y de origen legal: por eso es técnicamente razonable que el precepto la extienda a los guardadores y hayan de entenderse legitimados los padres aunque hubieran sido privados de la patria potestad». Y

añade que «a pesar del tenor del artículo 222.4 del Código civil, la Entidad Pública y los acogedores carecen de la legitimación que se ocupa el artículo 75, debiendo limitarse, si consideran que lo requiere el interés de aquel, a solicitar su ejercicio al Ministerio Fiscal (art. 174 CC)».

<sup>149</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460.

<sup>150</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 822; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 328.

<sup>151</sup> Para DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 147 el supuesto de hecho del precepto «es que uno o ambos contrayentes fueran, al casarse, menores de catorce años, o que uno o ambos fueran mayores de esta edad, pero no estuvieran emancipados y no hubieran cumplido los dieciocho y el matrimonio se hubiera celebrado sin la oportuna dispensa».

<sup>152</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 821.

<sup>153</sup> LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO VALLS, R. (2000). De la nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 729 precisan que el momento del comienzo del cómputo del plazo de convivencia opera también para contar el de caducidad y ha de coincidir con el comienzo de la mayoría de edad. (...) En todo caso a los jueces corresponde tolerar un prudente retraso o un justificado desfase entre el comienzo del plazo de caducidad y de convivencia.

<sup>154</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 821; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 329; de la misma autora (1984). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 402.

<sup>155</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 461.

<sup>156</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 329.

<sup>157</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 330, que, además señala que, tampoco procede la aplicación del plazo señalado en el artículo 1301 del Código civil; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 824. En contra, GARCÍA CANTERO, G (1982). Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil, *op. cit.*, 236-237 que, manifiesta al respecto que, en principio el plazo de prescripción no es idéntico para todos los supuestos. Así «para los casos que califica de anulabilidad matrimonial, parece indicada la prescripción cuatrienal del artículo 1301 del Código civil y para los supuestos de nulidad absoluta, el general de quince años. Sería, por ejemplo, contrario a la buena fe que, después de este periodo de tiempo se alegara la nulidad del matrimonio por no haber estado presentes los testigos en el momento de intercambiar el consentimiento».

<sup>158</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2020). Matrimonio. Pareja de hecho, *op. cit.*, 186; GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 547-548.

<sup>159</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C. (1993). Comentario al artículo 79 del Código civil, *op. cit.*, 332.

<sup>160</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 148-149. Por su parte, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). «Nulidad del matrimonio civil», *op. cit.*, 203 manifiesta que la buena fe «debe ser entendida como desconocimiento o ignorancia de la existencia de alguna causa que pudiera provocar la nulidad del matrimonio y debe darse en el momento de la celebración del matrimonio aunque después desaparezca».

<sup>161</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 marzo 1992 (*RJ* 1992, 2014) establece como requisitos del artículo 98 del Código civil: 1. Que el matrimonio haya sido declarado nulo, ya sea por sentencia civil, o en su caso, canónica, pero en esta última eventualidad, se exigirá que haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles, cual es que haya sido previamente declarado ajustado al Derecho del Estado, o lo que es igual a nuestro ordenamiento jurídico, por los tribunales civiles correspondientes, según establece el artículo 80 del Código civil en relación con los acuerdos jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979; 2. Que el reclamante tenga la condición de cónyuge de buena fe; de ahí que, el derecho a la indemnización no exista cuando concurre en ambos,

al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil, ni tampoco cuando en uno y otro se dé mala fe, al carecer en estos casos, la indemnización de toda razón de ser y consistencia, al faltar uno de los presupuestos a los que se supedita si reconocimiento; y 3. La existencia de una convivencia anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto; y, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6420). *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, de 4 abril 1996 (*AC* 1996, 806); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 2 junio 1997 (*AC* 1997, 1284) dispone que, la indemnización del artículo 98 del Código civil que, el demandado apelante impugna ha de ser cuantificada teniendo en cuenta la convivencia conyugal y las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código civil. Esa convivencia es la matrimonial, no la eventual anterior al matrimonio nulo, que en el caso es un dato relevante, pues, este dura siete años y aquella cuatro meses escasos y como bien dice la sentencia apelada no hay otros perjuicios para la actora que los daños morales ocasionados al contraer matrimonio después de una larga convivencia análoga y el que la conducta desordenada del marido produjo su ruptura pocos meses después. En realidad los daños morales no derivan tanto de la ruptura de la convivencia, supuesto ordinario del que parte el artículo 98 sino de la contracción misma del matrimonio anulado, que es lo que realmente ha causado sufrimiento a la actora, pues su convivencia análoga a la conyugal era notoria en su ambiente social; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.ª (Ceuta), de 4 de diciembre de 2006 (*AC* 2007, 1026) manifiesta que, para fijar la indemnización ha de acudirse a las mismas circunstancias establecidas en el artículo 97 del Código civil respecto de la pensión por desequilibrio económico y estos sirven para establecer la cuantía, para la cual es determinante la convivencia fundamentalmente la duración de la vida en común. Se fija una indemnización al cónyuge de buena fe de 12.000 euros por once años de convivencia, trabaja fuera del hogar y no tiene descendencia; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 13 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 22967) indica al respecto que «el posible resarcimiento indemnizatorio que contempla el artículo 98 del Código civil queda constreñido, conforme a lo expuesto, al dimanante daño moral inferido a quien, de buena fe, cree haber constituido válidamente un proyecto de vida en común a través de un vínculo que, posteriormente, es declarado inexistente o inválido por causas imputables al otro contrayente y desconocidas por aquel. Por ello, no puede cobijarse bajo tal figura legal el resarcimiento de otro tipo de perjuicios, como los que se postulan en el caso por la impugnante, con específica referencia a las lesiones padecidas por contagio inherente a las relaciones sexuales con su esposo, pues las mismas, en el caso de estar acreditada dicha causa de transmisión, lo que resulta sumamente dudoso a través de la prueba practicada en la presente Litis, habrían de derivarse, en orden a su reclamación ante los tribunales, a cauces procesales distintos del presente, constreñido necesariamente por las previsiones que, en orden a la adopción de medidas complementarias, se contiene en los artículos 91 y siguientes del Código civil, entre las que no encuentra encaje una acción como la que ejercita la actora, hoy impugnante».

<sup>162</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 550 señala al respecto que «el artículo 95 del Código civil se configura aquí un régimen sancionatorio para evitar que el cónyuge que actúa de mala fe pueda beneficiarse de los gananciales generados durante la apariencia de matrimonio que la sentencia destruyó». Asimismo, MIRALLES GONZÁLEZ, I. (2011). Nulidad del matrimonio civil, *op. cit.*, 203 indica que «se trata de vitar con esta norma que el cónyuge de mala fe pueda, a pesar de ser el causante de la nulidad, aprovecharse económicamente del otro en el momento de liquidar el régimen, evitando que pueda conseguir un potencial beneficio aquel que actuó a conciencia de la ilegalidad de sus actos». *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6420).

<sup>163</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 81.

<sup>164</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1993). Nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 551.

<sup>165</sup> RAGEL, L.F. (2003). *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, *op. cit.*, 7.

<sup>166</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 79 del Código civil, *op. cit.*, 829; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La invalidez del matrimonio, *op. cit.*, 116; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 81. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 25 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 873).