

EN TORNO AL ARTÍCULO 76.2 DEL CÓDIGO CIVIL.  
COMENTARIO A LA SAP BARCELONA NÚM. 21/2020, DE 15  
DE ENERO

*ABOUT THE ART.76.2 OF THE CIVIL CODE. COMMENTS ON THE  
PROVINCIAL HIGH COURT SENTENCE OF BARCELONA N. 21/2020,  
15 TH. JANUARY*

*Rev. Bolív. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 596-619*



Salvador  
CARRIÓN  
OLMOS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 10 de octubre de 2020

**ARTÍCULO APROBADO:** 13 de noviembre de 2020

**RESUMEN:** Nulidad del matrimonio por error recayente sobre cualidad personal de entidad (art. 73.4° CC) (travestismo). La convalidación exige convivencia conyugal ininterrumpida durante un año tras el desvanecimiento del error.

**PALABRAS CLAVE:** Error invalidante; convalidación; cohabitación.

**ABSTRACT:** *Nullity of marriage due to the spouse's mistake regarding a significant personal quality of her spouse (art. 73.4° CC) (transvestism). The validation itself requires a conjugal life uninterrupted for a year after the error's disappearance.*

**KEY WORDS:** *Error by annulment; validation; cohabitation.*

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL TRATAMIENTO DEL TEMA DEL ERROR.-III. LA NOCONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO POR LA CONVIVENCIA.- I. Referencia a algunos pareceres doctrinales.- 2. ¿Diversidad de contenidos para la expresión “vivir juntos” de los arts. 68, 76.2 y 98 CC?- 3. Del relato de hechos probados contenido en el fundamento de derecho segundo se deduce inequívocamente su eficacia convalidante.- 4. Caducidad de la acción.- IV. CONCLUSIÓN.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El litigio surge con motivo de una demanda de divorcio presentada por el marido en 2017 respecto del matrimonio celebrado en 1975 (canónico, dada la fecha de su celebración, y tipo matrimonial del que sorprendentemente se afirma ser “el único reconocido por el Estado antes de la Constitución” (i) (fundamento de derecho tercero) (¿cómo si el matrimonio civil no hubiere existido en España antes de la Constitución!).

La esposa demandada reconviene e insta la nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del esposo (art. 73.4º CC), “por desconocer la identidad femenina de su esposo”, circunstancia esta, la de travesti, que, según la esposa, aquél “le había ocultado siempre”.

El actor se opone a la reconvenición, afirmando 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).

Por su parte, el Ministerio Fiscal contesta a la demanda reconvenicional, se remite al resultado de las pruebas, y afirma en conclusiones, que “el error sobre la cualidad personal (el travestismo) no es suficientemente severo”. No obstante, no considera que haya caducado 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 de Primera Instancia, de 22 de diciembre 2018, no acoge la pretensión de nulidad matrimonial, y ello con base en un triple argumento:

### • Salvador Carrión Olmos

Catedrático emérito, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (EG), con Premio Extraordinario, y Bolonia, como becario del Real Colegio de España. Su tesis doctoral, sobre la simulación matrimonial en el CC italiano (art. 123) obtuvo el Premio Víctor Manuel, y constituyó un trabajo de referencia en la reforma de la legislación matrimonial española por la Ley de 7 de julio de 1.981. Correo electrónico: salvador.carrion@uv.es.

a) El ser travesti era una condición *latente* al momento del matrimonio, que se desarrolló después.

b) No tiene entidad *objetiva* de error, ni ha condicionado la vida de pareja.

c) Caducidad de la acción, convalidado el matrimonio “por consentimiento matrimonial”, ya que “desde la confesión de 2014 las partes compartieron domicilio, ocio, viajes y relaciones familiares.

De conformidad con las anteriores premisas, el fallo recaído en la primera instancia estima la acción de divorcio y desestima la de nulidad matrimonial. Aún a costa de apartarse un tanto del estricto relato de los hechos, resulta de interés detenerse brevemente en la argumentación de la sentencia de la primera instancia.

De un lado, se cuestiona la procedencia misma de la nulidad al calificar de *latente* la condición de travesti. Lo que, de ser así, impediría referirla al momento mismo de la celebración, haciendo del todo improcedente la categoría de la nulidad por cuanto la causa no cabría entenderla existente al tiempo de la emisión del consentimiento. El término *latente* empleado por la sentencia, en buena lógica, habría que entenderlo equivalente a algo que propiamente no existe, sino solo en germen. El posterior desarrollo de esa circunstancia, no afectaría ya a la fase constitutiva de la relación matrimonial, sino al desarrollo de aquella. Procedería, pues, en su caso, instar la disolución por divorcio, pero no la declaración de nulidad.

De otro lado, se niega la importancia *objetiva* de la cualidad, y ello con fundamento en la circunstancia de que aquella no ha condicionado la vida de la pareja.

Finalmente, la existencia de convalidación, y consiguiente caducidad de la acción, la fundamenta el fallo de instancia en la existencia de hechos concluyentes de los que infiere la existencia de una *renovatio consensus*.

Interpuesto recurso de apelación, la SAP de Barcelona (Sección 18ª), 15 enero 2020, rec.nº 405/2019, estima el recurso con apoyo en la argumentación que sigue:

### DOCTRINA

De una parte, la condición de travesti es una cualidad personal de “entidad”. Y ello por cuanto la “entidad” de la cualidad debe ser valorada “no sólo desde la perspectiva subjetiva, sino también desde la objetiva”, lo que acontecerá cuando sea “razonable entender que de haber sido conocida por el otro contrayente no hubiera prestado su consentimiento matrimonial”.

Y descendiendo ya de los planteamientos generales al supuesto concreto enjuiciado, “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”.

De otra parte, y contra lo sostenido por la sentencia de instancia, la de apelación niega la existencia de convivencia convalidante tras conocerse la causa de nulidad. “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 la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio)”. “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)”.

## COMENTARIO

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

No puede decirse que en el campo de la nulidad matrimonial civil y, más en concreto, en el referido a la nulidad por error, los preceptos que el Código dedica a esta última, hayan sido objeto del mismo grado de atención por parte de los especialistas.

En materia de nulidad por error el precepto “estrella” es sin duda el albergado en el número 4º del art. 73. Las resoluciones jurisprudenciales que se ocupan del mismo son relativamente numerosas, y el tratamiento en sede doctrinal suficiente.

El papel que en este marco normativo correspondía jugar al art. 76 había de ser menor. Necesariamente había de serlo. En materia de nulidad por error la gran novedad del legislador de 1981 habría de ser la albergada en el art. 73. Frente al raquítico art. 101.2 anterior a la reforma (Es nulo “el contraído por error en la persona...”), el precepto surgido de la reforma no sólo vendría a mejorar, desde un punto de vista estrictamente técnico, la redacción del precepto (frente al término “contraído”, carente de sentido tratándose de un supuesto de nulidad, el de “celebrado”, técnicamente correcto, al tratarse de un supuesto en el que el vínculo no llega a nacer; la introducción del vocablo “identidad” frente a la simple locución “error en la persona”), sino a ampliar extraordinariamente su ámbito de aplicación al conceder relevancia al error recayente “en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

La suerte del art. 76, correlativo al antiguo art. 102, había de ser necesariamente otra. De una parte, porque la novedad legislativa aquí se mostraba mínima desde luego, sin más excepción que la ampliación de seis meses (antiguo art. 102, apartado tercero) a un año (art. 76.2) del periodo de convivencia de los contrayentes después de desvanecido el error.

En consecuencia, mientras que el 73.4º aportaba una novedad radical, el 76.2 se ofrecía en continuidad casi total con la legislación anterior; sin otra novedad, como se ha dicho, que esa ampliación del periodo de convivencia posterior al desvanecimiento del error y necesario para la convalidación del matrimonio.

Lo anterior habría de tener su reflejo, también necesariamente, en el grado de atención dedicada a cada uno de los preceptos a que se hace referencia. No es frecuente desde luego encontrar comentarios, referencias, o alusiones al art. 76 que vayan más allá de la simple repetición de su tenor literal. Ese “hubieran vivido juntos” repetido de modo idéntico en el antiguo 102, apartado tercero, y en el vigente 76.2, no parece haya suscitado especial atención. Como tampoco la suscita (muy probablemente porque el legislador haya querido decir lo mismo) la relativa diferencia de locuciones empleadas en el art. 76 (“vivir juntos”, al igual en el art. 68); frente a la de “convivencia conyugal” (empleada en el art. 98).

En estrecha consonancia con lo que se acaba de decir, entiendo que el interés del fallo objeto de este comentario hay que residenciarlo mucho más en la doctrina que en él se contiene respecto del párrafo segundo del art. 76 CC que en la relativa al apartado 4º del art. 73.

Y es que, en elenco de cualidades personales relevantes en orden al error recayente sobre ellas y determinantes en consecuencia de la nulidad matrimonial, la condición de travesti (al menos en línea de principio) no parece presente demasiados flancos a la duda, al menos si nos situamos, como parece procede, en la importancia que el intérprete debe atribuir a la entidad “subjetiva” de la cualidad sobre la que yerra el contrayente que padece el vicio, es decir, a la importancia misma que *para ese contrayente* presenta la circunstancia que desconoció , y cuyo desconocimiento fue precisamente determinante de la emisión del consentimiento. Habrá que referirse a ello posteriormente, pero no parece improcedente adelantar aquí la idea de que difícilmente cabía desconocer la “entidad” de la cualidad personal determinante del error padecido. Entidad que “objetivamente” resultaba complicado cuestionarla, y “subjetivamente” aun lo resultaba más.

Otro parece deba ser el planteamiento respecto del análisis que se lleva a cabo (al estimar el recurso de apelación) en lo que se refiere a cómo deba ser la convivencia “durante un año después de desvanecido el error”. La sentencia clarifica desde luego el sentido y alcance de esa locución “hubieran vivido juntos”

del 76.2, exigiendo para esa “convivencia convalidante”, y durante la totalidad del periodo de aquella, la concurrencia de ese elemento subjetivo o intencional, *animus*, que vendría a dar a sentido, a informar esa convivencia, haciendo posible entonces su calificación como “conyugal”. Elemento subjetivo o intencional, carente propiamente de traducción legal, y que ya en el Derecho romano clásico se denominaría *affectio maritalis*.

En este sentido, el interés del fallo quizá cupiera situarlo además en otros ángulos. De un lado, la que cabría calificar de “radicalidad” por cuanto se refiere a esa exigencia del elemento subjetivo o intencional e informador de la convivencia, en orden a calificarla como “conyugal”.

“Radicalidad”, digo, por cuanto cualesquiera comportamientos, hechos, acontecimientos, que, quizá desde fuera cabría calificar de algún modo como “concluyentes” en orden a atribuir contenido, a llenar de alguna manera, esa expresión de “hubieran vivido juntos” después de desvanecido el error, o como “reveladores” siquiera en grado mínimo de un atisbo de “aceptación” de esa cualidad del otro por el contrayente que padece el vicio, son excluidos sin ambages, y por tanto, privados de eficacia convalidante, por estimar probado que no venían informados en su realización por ese elemento subjetivo e intencional a que se ha hecho referencia.

Desde esta perspectiva, el fallo ofrece flancos a la crítica. Principios como los relativos a la seguridad y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas ceden desde luego ante la exigencia, radical como digo, de ese principio informador, subjetivo, intencional, y de difícil prueba, como lo es el relativo a esa voluntad o intención de “vivir como cónyuges”.

En este sentido, quizá el fallo lleve demasiado lejos esa exigencia de *affectio*, por cuanto la excluye de modo radical y absoluto en hechos o comportamientos cuya misma realización, a lo que creo, presupongan aquella de alguna manera, en cuanto encaminados a salvar una situación que, pese a conocerse, todavía no se considere del todo incompatible con un proyecto de continuación de la vida en común.

Si este fue el propósito del legislador de 1981, de lo que albergo dudas por las razones a las que luego se hará referencia, quizá ello vendría a explicar de paso la ampliación a un año del periodo de seis meses exigido por el antiguo art. 102, tanto en su redacción originaria como en la anterior a la reforma de 1981.

Sin duda alguna, el interés de la sentencia objeto de comentario radica mucho más en la interpretación que lleva a cabo del apartado segundo del art. 76 CC que en lo que se refiere al análisis del apartado 4º del art. 73.

Y ello por cuanto, como se ha dicho, se trata de dos preceptos de muy desigual grado de atención por parte de la jurisprudencia y doctrina. Sobre el número 4º del art. 73, transcurridos ya casi cuarenta años de su introducción en el Código, no parece resulte fácil hallar interpretaciones de aquél realmente novedosas. La más reciente jurisprudencia, y la sentencia que se comenta, es buen ejemplo de ello, incide, gira, precisa, pero en definitiva no se aparta, no podría hacerlo, de las grandes coordenadas en que el precepto se fundamenta: carácter "personal" de la cualidad sobre la que se yerra, "entidad" de la misma, carácter "determinante" del error en orden a la emisión del consentimiento, etc. Se hará referencia a ello posteriormente.

Un planteamiento bien distinto es el que se refiere al apartado segundo del art. 76. A diferencia del 73.4º, el art. 76 no es en puridad fruto de aquella profunda reforma de la legislación matrimonial española llevada a cabo en 1981. Su tenor literal se ofrece en clara línea de continuidad con la legislación precedente, sin más excepción que el alargamiento del plazo de convivencia exigido para la convalidación del matrimonio (un año frente a seis meses).

Basta con echar una ojeada a las obras generales, y no tan generales, publicadas tras la reforma de 1981 para comprobar que en la gran mayoría de ocasiones el análisis del precepto no va mucho más allá de la repetición de su tenor literal.

De ahí ese mayor, mucho mayor desde luego, grado de interés del fallo en lo que se refiere al apartado segundo de aquél.

El "hubieran vivido juntos" es objeto de una consideración detenida, precisa, impactante y radical, que echa por tierra principios como los de seguridad y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas, a los que tan acostumbrados estamos los juristas, que desciende lisa y llanamente al plano de lo psicológico, de lo intencional, de lo emocional, y que barre también lisa y llanamente del ámbito de lo jurídico, negándoles la menor relevancia, cualesquiera actos, comportamientos, actitudes, hechos concluyentes, en los que no quepa inferir (del todo) (i) la concurrencia de ese elemento subjetivo, intencional, que ya los juristas romanos denominaron *affectio maritalis*, de tan difícil traducción por lo demás al lenguaje de los juristas.

## II. EL TRATAMIENTO DEL TEMA DEL ERROR.



Resulta difícil desde luego encontrar en la sentencia que se comenta una posición del todo acertada en el tratamiento que se dispensa al error en cualidad personal, como causa determinante de la nulidad del matrimonio. Ni en el fallo, ni en los planteamientos del Ministerio Fiscal, ni en la sentencia recaída en la primera instancia.

En la contestación a la demanda reconvenional, el Ministerio Fiscal concluye que “el error sobre la cualidad personal (el travestismo) no es suficientemente severo”. Por su parte, la sentencia recaída en la primera instancia se mueve asimismo en un maridaje confuso por cuanto, de un lado, entiende que en el caso concreto enjuiciado “el ser travesti era una condición latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después”, pero añadiendo a renglón seguido que “no tiene entidad objetiva de error”, planteamiento éste del todo incoherente puesto que de tratarse de “una condición latente”, y no propiamente existente, concomitante, al tiempo de la celebración, sobraría cualquier consideración posterior sobre la concurrencia o no en aquella de “entidad objetiva”. Y es que, en puridad, no cabría hablar entonces de causa de nulidad alguna al tiempo de la emisión del consentimiento.

Ya en la fase de apelación, el Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia de instancia, con apoyo de nuevo en que “la condición de travesti no es un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial”, carece pues de entidad objetiva (única “entidad” de la cualidad que, a lo que parece, habría de tenerse en cuenta), y añade: “lo valora subjetivamente la actora”. Así, pues, esa entidad únicamente “subjetiva”, resultante de la valoración de la parte demandante carecería de virtualidad en orden a la existencia de causa de nulidad matrimonial.

Finalmente, la sentencia de apelación si bien no comparte “la tesis de la sentencia apelada de que la cualidad de travesti no tiene entidad objetiva de error”, en lo que acierta, muestra menor grado de acierto al añadir que “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”.

Y es que, en esta materia, lo “objetivo” ha de considerarse, en línea de principio, subordinado a lo *subjetivo*.

“Ese error en las cualidades personales -afirmaba magistralmente (ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1991, pp.100-101)- debe tomarse en sentido *subjetivo*, es decir, el error que cuenta

es el en aquellas cualidades la creencia errónea en cuya existencia o falta, decidió a casarse a quien yerra, aunque en sí no sea de los errores que en el común sentir son decisivos.

“El error que a nuestra ley importa es el que, tenga la entidad objetiva que tenga, indujo al contrayente que yerra a dar un consentimiento matrimonial que sin él no habría dado, la *entidad* de las cualidades personales en las que se yerra, no debe de ser tomada en el sentido de *importancia objetiva* de tales cualidades, sino en el de que las mismas *hayan sido decisivas para el contrayente que erró sobre ellas*. Si bien no se presumirá que lo sean las que, a la vista del caso, no estime tales la opinión común”.

La prevalencia, pues, de la entidad *subjetiva* de la cualidad sobre la que recae el error, queda puesta de manifiesto:

“Si el error de que se trata no es de ellos (de los que en el común sentir son decisivos), tendrá el interesado que probar que sí lo fue para él”.

En esta misma línea, aunque con matizaciones de interés, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: *El error en el matrimonio*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1997, p. 256).

Pero, en consecuencia, si lo probare, concurrirá la causa de nulidad sin ningún género de dudas.

Y es que el matrimonio es un acto voluntario y libre. Se decide, pues, libremente, contraerlo o no. Y a lo que hay que estar en consecuencia es a la integridad del consentimiento del contrayente que padece el vicio.

La cualidad sobre la que se yerra, cualquiera que sea su *importancia objetiva*, será relevante en tanto en cuanto la tenga *subjetiva*, importante así para el contrayente que padece el vicio, y precisamente porque es importante *para* él decide emitir el consentimiento.

Se está ante un acto de autonomía privada. El sujeto decide, o no, constituir la relación (en este caso, matrimonial), y la circunstancia de que no pueda reglamentar el contenido de la relación (a diferencia de los contratos patrimoniales) no es óbice para que quepa su encuadramiento en el ámbito de la autonomía del sujeto. Desde esta perspectiva, la prevalencia de lo *subjetivo* sobre lo *objetivo* en tema de error resulta difícilmente cuestionable.

Dadas las premisas anteriores, resulta enteramente lógico que la cuestión atinente a la concreta cualidad sobre la que la contrayente padeció el vicio (travestismo del esposo) se ofrezca carente de dificultades.

Por cuanto, ciertamente, presenta entidad *objetiva*, pero lo verdaderamente decisivo es la importancia que a aquella cualidad se atribuye por la esposa. Luego prima, como se ha dicho, la entidad *subjetiva*, siquiera en el caso concreto enjuiciado referida a una cualidad que, en el común sentir social, presenta además importancia *objetiva*.

En la contestación a la demanda, la esposa manifiesta que “el esposo le ha ocultado siempre que era travesti”, reconviene pidiendo la nulidad del matrimonial (al amparo del 73.4° CC) “por desconocer la identidad femenina de su esposo”.

Se asiste después a una serie de vaivenes por parte del Ministerio Fiscal y de la sentencia de primera instancia en torno a la naturaleza y alcance de la cualidad personal enjuiciada: “el travestismo no es suficientemente severo”(¿); “era una condición latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después”; “no tiene entidad *objetiva* de error...” (afirmación esta última de la sentencia de instancia, que parece considere del todo irrelevante jurídicamente la importancia que a esa cualidad se le atribuya por la esposa, y que hará suya asimismo en apelación el Ministerio Público. El enfoque de la *entidad* de la cualidad sobre la que se yerra debe ser únicamente *objetivo* (“no es (la condición de travesti) un aspecto de la personalidad de tal envergadura que afecte al consentimiento matrimonial”; “lo valora *subjetivamente* la actora”).

Es en la argumentación de la recurrente en apelación cuando la entidad (en sentido *subjetivo*) de la cualidad es objeto de consideración: “Hay error en una cualidad esencial y predica su *subjetiva apreciación* como válida (la dedicación del esposo al travestismo no era un mero entretenimiento, era un disfraz oculto a todos, no como pasaría en un carnaval”.

Finalmente, como se ha dicho, la sentencia de la AP sitúa la cuestión que ahora nos ocupa en un plano técnicamente más correcto (aunque no del todo, por las razones a que se hizo referencia con anterioridad).

“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” (fundamento de derecho tercero).

Respecto de la cualidad concreta enjuiciada, el criterio del fallo se compendia así:

“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”.

“Entendemos razonablemente justificado que la causa de error existía en el momento de manifestar la esposa el consentimiento matrimonial”. Viene así excluida de plano la argumentación de la sentencia de instancia tendente a considerar la cualidad como “latente al momento del matrimonio, que se desarrolló después”. Carencia de concomitancia, pues, que haría imposible la declaración de nulidad.

Dado que, como se ha dicho, el interés de la resolución judicial objeto de este comentario radica en mucha mayor medida en la interpretación postulada para el párrafo segundo del art. 76, no procede entrar aquí en una consideración más amplia respecto al detenido análisis del travestismo en el contexto de las anomalías psico-sexuales, que se contiene en el fundamento de derecho tercero de la sentencia objeto de comentario.

### III. LA NO CONVALIDACION DEL MATRIMONIO POR LA CONVIVENCIA.

#### I. Breve referencia a algunos pareceres doctrinales.

El art. 76 del Código, tras restringir la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad en el caso de error al cónyuge que hubiera sufrido el vicio, establece en su segundo párrafo, y en lo que aquí interesa: “Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error”.

El precepto, como se dijo, alberga una regla muy similar a la existente con anterioridad a la reforma de 1981, aunque alargando a un año el periodo de convivencia contenido en aquella, que venía fijado en seis meses.

La doctrina contenida en la sentencia que se comenta es taxativa por cuanto se refiere a la interpretación y alcance de la expresión “vivir juntos” de ese segundo párrafo, expresión que: “sólo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios de la relación conyugal anterior (o la inicialmente previsible, si el error se descubre de inmediato, tras contraer matrimonio” (i).

Tal como se ha dicho, la detención de los estudiosos en ese segundo párrafo del art. 76 no puede decirse haya sido intensa, pero con todo resulta de utilidad

acudir a los comentaristas de primera hora de aquella reforma, tratando así de esclarecer el alcance que aquellos atribuían a ese “hubieran vivido juntos”.

Así, DIEZ PICAZO y GULLÓN, en la primera edición del *Sistema de Derecho civil* (vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 145-146) posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/81, se manifiestan en los siguientes términos: “Obviamente nos hallamos ante conductas de las que el legislador deduce una unívoca voluntad de convalidación”.

No parece que el aserto transcrito presuponga, además de la realización de los hechos, de las conductas, de los comportamientos, la necesidad de que quepa inferir de aquellos un *animus* determinado para atribuirles eficacia convalidante. Parece más bien que a lo que se esté haciendo referencia sea a la realización de hechos concluyentes, de los cuales el legislador infiere esa “unívoca voluntad de convalidación”, que quedaría acreditada por su sola realización.

En una aportación posterior, asimismo autorizada, la de ROCA TRÍAS, E.: “La nulidad del matrimonio”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1997, p. 109). La citada autora se refiere a la *ratio* misma del art. 76, segundo párrafo: “Obedece a la necesidad de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges. “En cualquier caso que se produzca la convalidación, ésta tiene lugar de forma automática, como consecuencia de haberse producido los hechos considerados por la ley como supuestos de hecho de la propia convalidación”.

¿Cómo conciliar semejantes posiciones, por demás autorizadas, con la doctrina contenida en la sentencia que se comenta?

## 2. ¿Diversidad de contenidos para la expresión “vivir juntos” de los arts. 68, 76.2 y 98 del CC?

¿Resultaría descabellado pensar que el alcance de la expresión “vivir juntos” no sea el mismo, no albergue realidades equivalentes, en los tres preceptos a que acaba de hacerse referencia, y ello por cuanto los supuestos contemplados en aquellos disten asimismo de ofrecerse coincidentes?

El art. 68 afirma que “los cónyuges están obligados a *vivir juntos*”; expresión prácticamente idéntica (salvando los tiempos verbales) la que emplea el párrafo segundo del art. 76, “si los cónyuges hubieran *vivido juntos*”; finalmente, el art. 98 se refiere a la *convivencia conyugal*, que al menos en la pura dicción parece se aparte de las anteriores.

La cuestión que entonces cabría preguntarse es la de si el sentido de las expresiones antedichas sea del todo coincidente, si el propósito legislativo fue el de atribuir identidad de contenido a aquellas, de modo que resulte indiferente hablar de “vivir juntos”, “hubieren vivido juntos”, o “ha existido convivencia conyugal”.

En una primera aproximación, resulta innegable que el término “convivencia conyugal” no cabría identificarlo sin más con el de “vivir juntos”. Es evidente que, situándonos fuera del marco que nos ocupa, muchas personas “viven juntas”, sin que esa convivencia pueda calificarse de “conyugal”. Los ejemplos resultan obvios por evidentes.

Si de esa realidad social, no conectada con el marco propio del matrimonio, pasáramos a la que es propia de este, ¿qué cabría pensar acerca de esa terminología dual en lo fundamental: “vivir juntos”, “hubieran vivido juntos”, de un lado, frente a existencia de “convivencia conyugal”, de otro. ¿No existe diferencia alguna entre las locuciones empleadas? ¿Son ciertamente realidades equivalentes, en sede matrimonial, la *convivencia conyugal* y el *vivir juntos*?

La respuesta afirmativa me parece cuanto menos dudosa. Y es que la *convivencia conyugal* parece innegable que apunta a una realidad distinta en principio a la de *vivir juntos*, por cuanto aquella apunta a una convivencia que cabría denominar “cualificada”, informada por una voluntad, propósito, *animus*, que le da un sentido propio, específico, sentido que no cabría hallar en el *vivir juntos*.

De otro lado, resulta cuanto menos llamativo que un legislador cuidadoso en la terminología, como creo lo fue el de 1981, descuidara esa precisión en el lenguaje normativo hablando, por un lado, de “convivencia conyugal” en el art. 98, es decir, utilizando expresamente el adjetivo “conyugal”, y, no obstante presuponer (como afirma la SAP de Barcelona) que así habrá de ser también (*conyugal* la convivencia de los cónyuges para que alcance eficacia convalidante del matrimonio celebrado por error en cualidad personal del otro, omitiendo sin embargo aquí, (en el 76.2), ese mismo adjetivo.

No resulta lógica entonces esa dualidad en las locuciones. Es más, en la redacción del art. 87 CC anterior a la reforma por la Ley 15/2005, el legislador era sumamente preciso en distinguir, en diferenciar, con toda nitidez, la *convivencia conyugal* de lo que no lo era, al estimar compatible “el cese efectivo de (esa) *convivencia conyugal* con el mantenimiento o la reanudación de la vida en el mismo domicilio, “cuando ello obedeciera a determinadas circunstancias, recogidas en aquél precepto”.

Todo ello parece pueda llevar a pensar que no existe identidad en los contenidos de las locuciones empleadas en los preceptos antedichos (68, 76.2 y

98 CC). Y no la hay sencillamente porque los supuestos contemplados en cada uno de ellos son sustancialmente diferentes.

El art. 68, juntamente con los dos anteriores, se lee a los contrayentes por el funcionario autorizante del matrimonio en el acto mismo de la celebración, y como claramente se desprende del art. 58, la pregunta del autorizante a cada uno de ellos viene referida precisamente a si consienten sobre el contenido albergado en esos tres preceptos, constitutivos así de la causa misma del negocio jurídico matrimonial.

La locución *vivir juntos*, viene, pues, referida aquí a la fase constitutiva de la relación matrimonial, a su mismo inicio. Aun no se ha manifestado el consentimiento matrimonial, aún no ha recaído ese consentimiento sobre ese contenido normativo, pero ninguna duda puede caber en cuanto al alcance y contenido de ese *vivir juntos*, cuando esa locución se sitúa, como se ha dicho, en la fase misma de constitución de la relación.

Aquí se quiere, se ha de querer necesariamente, por ambos, que esa "convivencia", ese "vivir juntos", al que recíprocamente se obligan, sea desde luego *conyugal*. Si así no fuera, no existiría consentimiento *matrimonial* y la figura ante la que nos encontraríamos sería bien distinta ("complacencia", "conveniencia", "matrimonio de...").

Ha de concurrir, pues, necesariamente esa "voluntad común de vivir como cónyuges", la denominada ya desde el Derecho romano clásico *affectio maritalis*. Luego habrá que hacer alguna referencia más amplia.

Pasemos ahora al art. 98. El supuesto normativo es bien distinto. Matrimonio nulo celebrado de buena fe por parte de uno de los contrayentes y de mala fe por el otro. Aquí la dicción utilizada por el legislador no es la de "vivir juntos", sino la de *convivencia conyugal*, a cuya existencia se subordina, en su caso, el derecho a la percepción de una indemnización por parte del contrayente de buena fe.

Que aquí "vivir juntos" y existencia, en su caso, de "convivencia conyugal", son locuciones que no albergan identidad de contenidos es más que patente. Y no la hay pura y simplemente porque esa referencia a la "convivencia conyugal" presupone desde luego la existencia de esa voluntad, propósito, intencionalidad, deseo, *animus*, en definitiva, de vivir como cónyuges. Sin esa voluntad, la convivencia no sería "conyugal". Y es precisamente esa decepción, esa frustración, la de haber convivido (en una convivencia calificable como "conyugal") con alguien que *no* es cónyuge, la que engendra y da lugar, en su caso, al derecho a percibir "una indemnización" a favor del contrayente que lo fue de buena fe.

Finalmente, aun alterando el orden en aras de una más clara exposición del punto de vista que aquí se mantiene, llegamos al art. 76, párrafo segundo.

Aunque cabría imaginar supuestos de interferencia entre los arts. 76 y 98, mientras que en el 98 se presupone la mala fe de uno de los contrayentes, en el 76 no ha de ser necesariamente así, como ocurre en el supuesto de hecho que la sentencia contempla (“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 con mala fe” (fundamento de derecho cuarto).

“Si los cónyuges hubieran *vivido juntos*”. La expresión “vivir juntos”, utilizada por el legislador en el art. 68, vuelve a aparecer en el 76.2. Tampoco se utiliza aquí la empleada en el 98 (“convivencia conyugal”). ¿Cuál es aquí su alcance?

En mi opinión, la exigencia de esa voluntad o propósito de vivir como cónyuges, también en el párrafo segundo del 76 carece de sentido. Y carece porque el supuesto del que parte el legislador, insisto, no es ni el del art. 68 ni tampoco el del art. 98.

En el 76.2 el supuesto del que se parte es el de un matrimonio en situación claudicante, amenazado por una causa de nulidad. Este planteamiento, que considero es el acertado, explica las consideraciones transcritas ya con anterioridad de ROCA TRÍAS, E.: “La nulidad”, cit., p. 109 (“Obedece a la necesidad de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges”).

Consecuentemente con lo anterior, lo que importa aquí, lo verdaderamente relevante, son las conductas, los comportamientos, los hechos desplegados por las partes. Y ello por razones de seguridad jurídica. La convalidación se producirá automáticamente, como se ha dicho, “como consecuencia de haberse producido -afirma ROCA TRÍAS- los hechos considerados por la ley como supuestos de hecho de la propia convalidación”. No hay, pues, lugar alguno para ulteriores análisis. Ulteriores análisis que implicarían, necesariamente, aceptar el siguiente argumento (que es el propio de la sentencia): se han producido efectivamente los hechos, se han realizado materialmente, pero ello no basta en orden a la convalidación. No basta porque, aun habiéndose realizado, esos hechos no estaban inficionados de *affectio maritalis*, carecían pues, de ese elemento subjetivo, intencional, de esa voluntad de vivir como cónyuges.

“La cuestión se centra en la valoración de la expresión “vivir juntos” durante un año” (hasta aquí no cabe sino estar de acuerdo), que solo puede ser entendida como la continuación o reanudación de la convivencia en los parámetros propios



de la relación conyugal anterior” (aquí no cabe estar de acuerdo, sencillamente porque se ignora la función misma del 76.2, atinente a despejar una situación de provisionalidad, claudicante, y ello en aras de la seguridad jurídica y de la certeza propia de las actuaciones relativas al estado civil).

El enfoque entonces no debe centrarse en el, quizá loable, propósito del fallo de hacer prevalecer contra viento y marea esa voluntad de vivir como cónyuges tras el conocimiento de la cualidad de travesti del esposo, y, constatada su no concurrencia, excluir la convalidación, sino en el de si ese fue efectivamente el propósito del legislador; y de esa es la función que toca desarrollar a la regla contenida en el segundo párrafo del art. 76. Aquí, creo se impone una respuesta negativa.

“Vivir juntos comporta, en el contexto que analizamos, (fundamento de derecho primero) que, conocida la cualidad personal anteriormente ocultada 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)”.

En definitiva, el juzgador entiende que los hechos, comportamientos, conductas, subsiguientes al conocimiento por la esposa de la cualidad personal, no hacen posible la convalidación, y ello por cuanto no venían informados por ese elemento subjetivo e intencional, que vendría a cualificar esa convivencia como “conyugal”.

La cuestión entonces es, como se ha dicho, si en ese segundo párrafo del art. 76 el legislador exige la concurrencia de ese elemento subjetivo e intencional. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa.

### **3. Del relato de hechos probados contenido en el fundamento de derecho segundo se deduce inequívocamente su eficacia convalidante.**

1. Navidades de 2014, el esposo estuvo en la “casa común” por la familia”.

2. Durante los primeros meses de 2015, hasta la primavera, ambos esposos reconocen que “el esposo sufrió una operación y que la esposa le acompañó, le acogió, en su convalecencia, de modo que la acogida respondió a una ayuda humanitaria (“no tenía a nadie más”, dice la esposa), no conyugal”. Afirmación esta, la de que “no tenía nadie más”, que, de un lado, podría quizá venir contradicha por la existencia de dos hijas del matrimonio “mayores de edad” y, de otro, hace entrar en juego de nuevo la necesidad de concurrencia de esa “voluntad” (conyugal”)

(*affectio*), que el precepto no exige, y a la que se quiere hacer, necesariamente, “informadora” de la circunstancia que verdaderamente importa, en su realidad objetiva, y que no es otra sino la aquí concurrente: la conducta o comportamiento de la esposa de acogerle en su convalecencia.

3. La esposa reconoce que, tras la convalecencia subsiguiente a la intervención, él “no quería irse de casa, la habitaban, pero no juntos, en la habitación del matrimonio, nunca; han compartido piso sin voluntad de mantener la convivencia como matrimonio”. El hecho concluyente, pues, objetivamente, es que “vivían juntos”.

4. Las visitas al psiquiatra y al psicólogo. A partir de octubre de 2014, el esposo reconoce el inicio de tales visitas “para intentar recuperar la relación; ella le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación y visitaban al psiquiatra y al psicólogo; después de conocer su mujer que se travestía persistió “una normalidad” (distinta que la de antes); iban al psicólogo y al psiquiatra por separado y juntos, para intentar seguir el matrimonio; la esposa decía que “a ver cómo lo recomponían” refiriéndose a no travestirse; le dijo que no quería convivir con él, pero siguieron conviviendo con voluntad de recomponer la situación; compartieron camas únicas y algunas cosas más correspondientes a la intimidad. La relación conyugal anterior y la comunidad de vida quedó interrumpida tal y como venía siendo concebida y ejercida y que se inició una etapa de confusión”.

La interpretación del juzgador al respecto se ofrece en escasa consonancia con el relato que se acaba de transcribir: “En estas condiciones, (fundamento de derecho primero) (la “confesión” de travestismo que causó un enorme choque emocional a la esposa) la permanencia bajo el mismo techo, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico o a terapia (no necesariamente derivados de la convivencia marital, ni abocados a la reanudación de la conyugalidad, sino posible para recuperar el sosiego) no implican necesariamente “vivir juntos” en el sentido que establece el art. 76 CC”.

El choque entre las manifestaciones del esposo, compartidas en lo sustancial por la esposa, y el criterio de la AP, es sencillamente frontal. El “intento de recomponer la situación” poco, o nada, tiene que ver con la recuperación del sosiego, como entiende el magistrado ponente, sino que apunta en otra dirección: la de no destruir una relación matrimonial en situación claudicante.

Este y no otro es el contexto exigido por el legislador en el art. 76. Importa la realidad objetivo de los hechos, de los comportamientos, no precisándose ulteriores análisis acerca del *animus* que los informa. El propósito legislativo no es otro sino el de poner fin a una situación de incertidumbre, de provisionalidad

(ROCA TRÍAS), que depende de la voluntad de uno de los cónyuges. Por ello, lo que importa es que se produzcan los hechos que la ley considera como supuestos de hecho de la convalidación (DÍEZ-PICAZO).

Y es que parece se imponga concluir que, existir un propósito verdadero, decidido, firme, en orden a la nulidad matrimonial tras el conocimiento de la cualidad sobre la que se padeció el error, lo consecuente es la ruptura total y definitiva de la convivencia. Lo que armoniza mal con cualesquiera comportamientos, hechos, actitudes, que no vayan en esa dirección y que, de concurrir, permiten inferir que aquél propósito no exista.

5. Estancias de los esposos en casa de una hija, de vacaciones, acudiendo a cenas, reuniones familiares, etc. “Es razonable que, como progenitores y como abuelos, hayan intentado aparentar una cierta normalidad” (fundamento segundo). Basta, sin embargo, la materialidad de los hechos. De su realización, como se ha dicho, el legislador deduce una voluntad de convalidación.

6. Aunque no se declara probado el mantenimiento de relaciones sexuales, resulta cuanto menos sorprendente la argumentación que *a fortiori*, y para el caso de que se hubieren producido, se contiene en el fundamento segundo: “No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales (no acreditadas y aun impropias de la vida marital si son ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido), pues aun existiendo éstas si no son *more uxorio* no son tales ...”.

Así pues, la exigencia (errónea desde luego, en mi opinión) de ese elemento subjetivo parece llegar aquí a su paroxismo: en opinión del juzgador (tampoco el mantenimiento de relaciones sexuales (que, insisto, no se probaron), suponiendo se hubieren mantenido, incluso ocasionales, y con propósito reconciliatorio, cabría integrarlo en el marco del “hubieran vivido juntos” al que se refiere el párrafo segundo del art. 76.

¿Cabría negar acaso el carácter *more uxorio* a relaciones sexuales mantenidas por dos personas unidas por matrimonio (siquiera éste en una situación claudicante), por la circunstancia de que aquellas fueren ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido?

¿Tiene sentido y resulta lógico hacer jugar de tal modo ese elemento subjetivo e intencional hasta llegar a privar de toda eficacia convalidante al hecho mismo del mantenimiento de relaciones sexuales entre personas unidas aún por un vínculo matrimonial, válido en principio en tanto no recaiga una declaración de nulidad?

#### 4. Caducidad de la acción.

La sentencia de la instancia la estimó caducada. Otro es el criterio de la Audiencia. “No hay un periodo temporal acreditado de un año de convivencia conjunta ininterrumpida en el sentido que hemos indicado”.

En cualquier caso, la cuestión acerca de la caducidad de la acción pasa necesariamente a un segundo plano, dada la interpretación de la expresión “vivir juntos” por parte de la sentencia de la Audiencia.

Por tanto, más que cuestionarse el tiempo concreto de convivencia, respecto del cual el fallo parece se mueva en un maridaje un tanto confuso, lo que se niega sin ambages es la existencia misma del elemento *informador* de la convivencia, que le da a aquella el carácter de *conyugal*. He aquí la *ratio decidendi*. No se trata realmente de una cuestión de tiempo de convivencia, sino de *calificación* misma de esa convivencia, carente de ese requisito subjetivo e intencional que hace posible su calificación como conyugal.

#### IV. CONCLUSIÓN

La pretensión consistente en extender necesariamente la exigencia de  *affectio maritalis* a cualquier situación matrimonial es la que, en definitiva, subyace en la sentencia objeto de comentario.

“Avance imparable” de esa exigencia de la  *affectio*, y de su proyección en la práctica totalidad del Derecho matrimonial personal. No creo exagerada la utilización del término *empuje* para referirse a esa realidad relativamente fácil de captar, pero no tan fácil de precisar, como la representada por esa voluntad o deseo de “vivir como cónyuges”.

Se está pues ante un paso más en el reconocimiento y relevancia de la  *affectio maritalis* en el amplio espectro del régimen matrimonial personal. Desde esta perspectiva, diríase que “lo material”, “lo sustantivo”, “lo real”, en definitiva, gana la batalla a “lo formal”, a “lo aparente”. También, según la sentencia, en cuanto al alcance y el sentido de la expresión “hubieran vivido juntos” del apartado segundo del art. 76. Otra cosa es si una tal interpretación responda al designio del legislador de 1981.

En el ámbito jurídico de nuestro país, no parece aventurado afirmar que la consolidación misma del término  *affectio maritalis* tiene mucho que ver con la producción de una mutación radical en la concepción del consentimiento matrimonial: que pasa de compromiso, a decisión de la voluntad que ha de existir momento a momento.

Pero esa mutación, conviene no olvidarlo, no cabe ubicarla en la reforma de la Ley 30/81, sino en la llevada a cabo por la 15/2005. Y a partir de ese momento, “no se hacen distinciones”: toda situación matrimonial, cualquiera que sea, se ha de asentar en esa voluntad, en esa intención subjetiva. Se barren así de golpe cualesquiera otras consideraciones, incluso las propias de una situación matrimonial claudicante, como lo es aquella de la que se ocupa la sentencia. El planteamiento técnico de seguridad y certeza de las relaciones jurídicas, en el caso de la relación matrimonial, viene excluido por el que es propio de la  *affectio maritalis*. No importan los comportamientos, los hechos, las conductas, de las que quizá cabría pensar (sin temor al error) que el legislador infiere una voluntad de permanencia de la relación, avalada también por cuarenta y dos años de vida común, existencia de dos hijas...

Desde esta perspectiva, y aunque la consideración tenga mucho más que ver con los supuestos de divorcio y separación que con el de nulidad, quizá quepa afirmar que incluso la misma reforma del régimen de la separación y del divorcio llevada a cabo en 1981 nació anticuada, por cuanto desconectada ya en alguna medida de la realidad social del momento.

Ciertamente, se dio un paso de gigante al introducirse una modalidad de separación conyugal y de disolución por divorcio por mutuo consentimiento, pero, con todo, la subsistencia misma de un régimen todavía causal en parte para ambas modalidades de las aun llamadas “crisis matrimoniales”, empezó a chirriar apenas acababa de echar a andar la reforma del 81.

En los supuestos de separación y divorcio, no logrado el mutuo acuerdo de los cónyuges, las “crisis matrimoniales” debían necesariamente seguir discurriendo “encorsetadas” de algún modo, necesariamente, en un marco causal que en muchísimas ocasiones resultaba sencillamente insuficiente porque “la causa” por la que alguno de los cónyuges deseaba poner fin a la convivencia no figuraba en el elenco causal previsto por el legislador. ¿De qué causa se trataba? ¿Cómo denominarla? Si la pareja había dejado de amarse, ¿acaso no resultaba lógico en tal caso la procedencia de la separación o la disolución por divorcio? Desde una perspectiva más técnica, se optó por un término de mayor raigambre romanística: carencia de  *affectio maritalis*. En definitiva, la falta de voluntad o intención de vivir como cónyuges.

Se recuperaría entonces la terminología propia del Derecho romano clásico. Y es que nuestro modelo matrimonial actual recuerda cada vez más al matrimonio romano, salvadas todas las diferencias, y, entre ellas, las relativas a los requisitos atinentes a la forma, “La  *affectio maritalis* -escribía ARIAS RAMOS, J.:  *Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 733- no es únicamente manifestación del

consentimiento inicial emitida en una sola vez: es más bien un estado de voluntad cotidiano. De ahí que el divorcio aparezca tan natural para los romanos: el matrimonio sostenido únicamente por la  *affectio maritalis*, se acaba si la  *affectio* cesa”.

Ninguna duda cabría a que, en la actualidad, lo que el legislador de nuestro CC entiende por “consentimiento matrimonial”, quiérase o no, se identifica con esa voluntad cotidiana de vivir como cónyuges. Al elemento subjetivo e intencional “informativo” de esa convivencia le cuadra la denominación del Derecho romano clásico ( *affectio maritalis*).

El intento sin embargo de tratar de llevar esta concepción a cualquiera de las situaciones matrimoniales previstas en el Código, resulta fallida porque no corresponde al propósito legislativo.

Lo que encuentra pleno encaje en supuestos de divorcio o de separación, no cabe sin embargo predicarlo de los supuestos de nulidad.

Así, cuando en el art. 98 el legislador se refiere a la existencia, en su caso, de “convivencia conyugal”, en orden a la percepción de una indemnización por parte del contrayente de buena fe que celebró un matrimonio nulo, ninguna duda cabe en cuanto a que se está presuponiendo desde luego que esa convivencia (a la que se califica como “conyugal”) habrá de estar informada por  *affectio maritalis*, pero no parece pueda decirse otro tanto acerca del “hubieren vivido juntos” del segundo párrafo del art. 76: sencillamente, porque es otro el supuesto de hecho, y otra asimismo bien distinta en consecuencia la pretensión legislativa.

En este segundo caso, priman otras consideraciones: las de seguridad jurídica y certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. Esto es lo que preocupa. “Obedece a la necesidad -recojamos de nuevo el parecer de ROCA TRÍAS- de poner fin a una situación de provisionalidad sobre el matrimonio, que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges”.

La consecuencia entonces del designio legislativo no puede ser otra sino la de considerar relevantes en orden a la convalidación “conductas de las que el legislador deduce una unívoca voluntad de convalidación” (DÍEZ-PICAZO).

Pretender, pues, presupuesta la realización de esas conductas, hacer depender la convalidación de ulteriores análisis, enteramente subjetivos, acerca de la intencionalidad misma de esos comportamientos, no se adecúa a la  *ratio* del apartado segundo del art. 76.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1991.

ARIAS RAMOS, J.: *Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *El error en el matrimonio*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1997.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil* (vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*), Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1982.

ROCA TRÍAS, E.: "La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1997

